





**TEMAS SELECTOS**

**5**

**HACIA EL ÁMBITO**

**DEL DERECHO EMPRESARIAL**

**Ricardo Tapia Vega**

**María Asunción Moreno Castillo**

**(coordinadores)**



Fondo Editorial  
**UCA**  
*Publicaciones*



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL  
ESTADO DE MORELOS



*Derecho y Ciencias Sociales*



SERIE  
TEMAS SELECTOS

---

*Hacia el ámbito del derecho empresarial* / Ricardo Tapia Vega, María Asunción Moreno Castillo, coordinadores. - - México : Ediciones Eternos Malabares : Universidad Centroamericana : Universidad Autónoma del Estado de Morelos, 2017.

270 páginas .- - (Colección Derecho y Ciencias Sociales. Serie Temas Selectos ; 5)

ISBN 978-607-9287-31-3 Ediciones Eternos Malabares

ISBN 978-99924-36-50-9 UCA

ISBN 978-607-8519-37-8 UAEM

1. Derecho corporativo – México – Estudio de casos 2. Empresas – Leyes y legislación – México 3. Derecho corporativo – Nicaragua – Estudio de casos 4. Empresas – Leyes y legislación – Nicaragua

LCC KGF1295

DC 346.72066

---

---

#### TEMAS SELECTOS 4. HACIA EL ÁMBITO DEL DERECHO EMPRESARIAL

Ricardo Tapia Vega

María Asunción Moreno Castillo

D.R. © Ricardo Tapia Vega, María Asunción Moreno Castillo

D.R. © Ediciones Eternos Malabares

Primera edición, 2017

D.R. © Ediciones Eternos Malabares, 2017

Ediciones Eternos Malabares, S. C.

Fovissste Cantarranas E- 7 Depto. 101

Acapantzingo, C.P. 62440

Cuernavaca, Morelos, México

eternomalabares@yahoo.com.mx

D.R. © Universidad Centroamericana

Rotonda Rubén Darío, 150 metros al oeste.

CP 69 Managua, Nicaragua.

investigacionfcj@uca.edu.ni

D.R. © Universidad Autónoma del Estado de Morelos

Av. Universidad 1001

Col. Chamilpa, C.P. 62209

Cuernavaca, Morelos

publicaciones@uaem.mx

libros.uaem.mx

ISBN 978-607-9287-31-3 (Ediciones Eternos Malabares)

ISBN 978-99924-36-50-9 (UCA)

ISBN 978-607-8519-37-8 (UAEM)

IMPRESO EN MÉXICO

COLECCIÓN:

**Derecho y Ciencias Sociales**

DIRECTOR:

**Dr. Ricardo Tapia Vega**

SERIE:

**Temas Selectos**

DIRECTORES:

**Dr. Ricardo Tapia Vega**

**Dr. Eduardo Oliva Gómez**

EDITORIAL:

**Ediciones Eternos Malabares S.C.**

DIRECTOR:

**Mtro. Ricardo Venegas Pérez**

EDICIÓN:

**Tania Jasso Blancas**

CONSEJO EDITORIAL:

**Dr. Francisco Xavier García Jiménez** (Jefe de la División de Estudios Superiores de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos)

**Dr. Pedro José Carrasco Parrilla** (Profesor titular de Derecho Financiero y Tributario y Ex-decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Castilla-La Mancha, campus Toledo, España)

**Dr. Enrique Pérez Salazar** (Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos).

**Dra. Laura Elizabeth García Méndez** (Procuradora de Protección al Ambiente del Gobierno del Estado de Morelos, y Profesora de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos).

**Dr. Joaquín Sedano Tapia** (Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos).

**M. en D. Angélica Anaer Salazar Rodríguez** (Candidata a doctora en derecho por El Colegio de Morelos).

**M. en D. Miriela Sosa González** (Universidad de La Habana, Cuba, candidata a doctora en derecho, CONACYT, PNPC 002764, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos).

**M. en D. Karla Pamela Jiménez Erazo** (Universidad Autónoma del Estado de Morelos, candidata a doctora en derecho, CONACYT, PNPC 002764, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos).

**M. en D. Juan Luis García Arellano** (Universidad Autónoma del Estado de Morelos, candidato a doctor en derecho, CONACYT, PNPC 002764, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos).

**M. en D. Lizeth Juliana García Atra** (Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, Colombia, posgraduada por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos).

**M. en D. Nadia Martínez Sánchez** (Subprocuradora de Inspección y Vigilancia de la Procuraduría de Protección al Ambiente del Gobierno del Estado de Morelos).

**Lic. Kessia Damaris Alue Ramírez** (Universidad Autónoma del Estado de Morelos, candidata a maestra en derecho, CONACYT, PNPC 002478, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos).

**Lic. Sandy Mayte López Silvar** (Universidad Autónoma del Estado de Morelos, candidata a maestra en derecho, CONACYT, PNPC 002478, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos).

ARBITRAJE DE LA OBRA:

**Doctor Juan Carlos Díaz Sánchez.** Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrel de Cajamarca, Perú.

**Doctor Gabriel Real Ferrer.** Profesor titular de la facultad de Derecho de la Universidad de Alicante, España

PRÓLOGO:

**Doctor Rubén Toledo Orihuela.** Director de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México

COORDINADORES: Doctores en Derecho Ricardo Tapia Vega y María Asunción Moreno Castillo

CORRECCIÓN DE ESTILO: **Ediciones Eternos Malabares**

ILUSTRACIÓN DE PORTADA: **Ernesto Alonso**

ISBN 978-607-9287-31-3 (Ediciones Eternos Malabares)

ISBN 978-99924-36-50-9 (UCA)

ISBN 978-607-8519-37-8 (UAEM)

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida, ni en todo ni en parte, ni registrada en o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electroóptico, por fotocopia, o cualquier otro, sin el permiso previo, por escrito, de la editorial y el autor.

Jr. José Sabogal #913  
Cajamarca - Perú

Telf: (076) 365819  
[www.upagu.edu.pe](http://www.upagu.edu.pe)



Cajamarca, Perú, 17 de mayo de 2017.

**Asunto:** Dictamen Razonado.

**Editorial Eternos Malabares**  
**Universidad Autónoma del Estado de Morelos**  
**Universidad Centroamericana de Nicaragua**

Por este medio hago de su conocimiento que he revisado la obra perteneciente a la serie *Temas selectos*, de la colección *Derecho y Ciencias Sociales*, titulada: **TEMAS SELECTOS. HACIA EL ÁMBITO DEL DERECHO EMPRESARIAL. Vol. 5** y que coordinan Ricardo Tapia Vega y María Asunción Moreno Castillo.

Los temas que se analizan en esta obra, son modernos, vigentes y de especial relevancia, en el ámbito del Derecho Empresarial. Por ello, los aportes realizados por los autores, son dignos de ser difundidos en el ámbito académico y en la práctica jurídica.

Además, los artículos escritos cumplen con los más altos estándares de calidad, pues son originales, novedosos, y desarrollados con claridad y pulcritud. Así por ejemplo, por parte de los autores de México, se habla de la sociedad cooperativa como mecanismo de garantía de los derechos humanos, una novedosa forma de abordar el cooperativismo y relacionarlo con la naturaleza de los derechos humanos. También se aborda el tema de la sociedad unipersonal y la sociedad anónima simplificada, temas que si bien tienen una historia jurídica europea, producto de la globalización y las tendencias modernas, han llamado la atención de los países del continente americano. Y por supuesto, entre los otros artículos no podemos dejar de mencionar la importancia de tratar el tema referido al sistema financiero y el uso de las cláusulas abusivas. Por el lado de los autores de Nicaragua, es relevante la atención puesta en temas de derecho del consumidor, respecto de los cuales instituciones internacionales como la UNCTAD, hace mucho esfuerzo por difundirlos a nivel global.

En suma, se trata de una obra digna de publicarse, pues contiene aportes que contribuirán con el desarrollo del conocimiento jurídico.

Sin más que agregar, reciban un cordial saludo.



**Dr. JUAN CARLOS DÍAZ SÁNCHEZ**  
Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo de Cajamarca, Perú.  
Estudios de postgrado y especializaciones en Perú, España, Holanda y Estados Unidos.  
Docente universitario de pre y postgrado en temas de Derecho Empresarial.



Sres.  
Editorial Eternos Malabares  
Universidad Autónoma del Estado de Morelos  
Universidad Centroamericana de Nicaragua

Alicante, a 1 de junio de 2017

**ASUNTO:** Revisión publicación HACIA EL ÁMBITO DEL DERECHO EMPRESARIAL, serie Temas Selectos, Vol.5, de la colección Derecho y Ciencias Sociales coordinada por Ricardo Tapia Vega y María Asunción Moreno Castillo y prologada por Rubén Toledo Orihuela.

Vista la obra sometida a consideración, se aprecia inicialmente que se trata de una obra colectiva en la que se analizan distintos aspectos de los ordenamientos jurídico-mercantiles, o empresariales, de México y Nicaragua. El planteamiento comparado resulta de interés por cuanto los lectores, aparte de disponer de diversos análisis relacionados con su propio entorno jurídico, pueden conocer la situación en otro país de la Región con el que existen estrechos vínculos comerciales.

La distribución de la obra realizada por los coordinadores es equilibrada, contando con seis trabajos relativos a cada uno de los ordenamientos analizados y la selección de los temas especialmente acertada ya que se tratan cuestiones novedosas y potencialmente polémicas que, sin duda, despertarán el interés de los operadores jurídicos de ambos países.

Destaca, respecto de Nicaragua, la atención por los derechos de los consumidores (Estado actual del derecho de los consumidores en el ordenamiento jurídico nicaragüense; La eclipsada protección de los consumidores en el contexto global, bosquejando una normatividad internacional o, incluso, El préstamo de dinero y las ventas a plazos), la regulación empresarial (Elementos constitutivos de las restricciones a la autonomía privada en sede de intereses y El derecho de la información como tutela jurídica de los accionistas en Nicaragua) y la contratación pública (Los procedimientos de selección y compras públicas a la luz de la nueva Ley de Contrataciones administrativas de Nicaragua. Perspectiva Constitucional y administrativa)

En cuanto al sistema mexicano, los análisis se decantan por varios temas de extremo interés como son las tipologías societarias (La sociedad unipersonal y la sociedad por acciones simplificadas) inclusive relacionando alguna de ellas con los Derechos Humanos (La sociedad cooperativa como mecanismo de garantía de derechos humanos) o, en general, con su responsabilidad social (La empresa socialmente

Departament d'Estudis Jurídics de l'Estat  
Departamento de Estudios Jurídicos del Estado

responsable frente a la discriminación laboral por razón de edad); algunos regímenes especiales (Las zonas económicas especiales. nuevo instrumento para el desarrollo empresarial en México); la protección de los consumidores (Los contratos de adhesión financieros y las cláusulas abusivas en materia financiera) y la siempre vigente tensión regulación-desregulación (De la desregulación a la regulación de la autorregulación de las empresas en México)

Como es habitual en obras colectivas, se presentan algunos desequilibrios entre los distintos trabajos en cuanto a su extensión y soporte bibliográfico. No obstante, cumplen todos ellos con creces respecto de su eventual publicación y valoración científica. En definitiva, se trata de una obra consistente y de elevado interés, por lo que se recomienda su publicación.

Atentamente



**Dr. Gabriel Real Ferrer**  
Profesor Titular  
Facultad de Derecho  
Universidad de Alicante



# ÍNDICE

Prólogo	
Dr. Rubén Toledo Orihuela .....	11

## MÉXICO

La promoción de la sociedad cooperativa como mecanismo de garantía de derechos fundamentales y como directiva del proyecto nacional en México	
Ricardo Tapia Vega .....	15

La sociedad unipersonal y la sociedad por acciones simplificadas	
Víctor Manuel Castrillón y Luna .....	34

Los contratos de adhesión financieros y las cláusulas abusivas en materia financiera	
Xavier Ginebra Serrabou .....	53

Las zonas económicas especiales, nuevo instrumento para el desarrollo empresarial en México	
Juan Manuel Ortega Maldonado y Roberto Martínez Regino .....	80

De la desregulación a la regulación de la autorregulación de las empresas en México	
Jorge Alberto Estrada Cuevas .....	100

La empresa socialmente responsable frente a la discriminación laboral por razón de edad	
Antonio Sorela Castillo .....	111

## NICARAGUA

Estado actual del derecho de los consumidores en el ordenamiento jurídico nicaragüense	
Jesús Jusseth Herrera Espinoza .....	133

La eclipsada protección de los consumidores en el contexto global, bosquejando una normatividad internacional	
Tatiana Vanessa González Rivera .....	154

El préstamo de dinero y las ventas a plazos	
Moisés J. Moreno Delgado .....	177

Elementos constitutivos de las restricciones a la autonomía privada en sede de intereses	
Jairo José Guzmán García .....	200

El derecho de la información como tutela jurídica de los accionistas en Nicaragua	
Cristian Alberto Robleto Arana .....	217

Los procedimientos de selección y compras públicas a la luz de la nueva Ley de Contrataciones administrativas de Nicaragua. Perspectiva constitucional y administrativa	
Juan Bautista Arríen Somarriba .....	241



## Prólogo

*La función primordial de los investigadores universitarios en cumplimiento de nuestra responsabilidad de contribuir al conocimiento y a la solución de los grandes problemas nacionales- estriba en coadyuvar a la construcción de una esperanza certera de triunfo<sup>1</sup>*

Es para mí un honor indeclinable escribir la presentación de este esfuerzo académico-jurídico, denominado *Temas Selectos 5*, realizado por brillantes juristas de Nicaragua<sup>2</sup> y México<sup>3</sup>; y bajo la atinada coordinación de los doctores María Asunción Moreno Castillo y Ricardo Tapia Vega, quienes han desarrollado, con enorme talento, experiencia y técnica jurídica, una obra que han denominado *Hacia el Ámbito del Derecho Empresarial*.

En este nuevo libro, sus autores desarrollan diversos temas de actualidad que recogen de su paso por las aulas universitarias y que sin lugar a dudas surgen de las preguntas de los estudiantes matriculados en sus respectivas universidades.

La obra es el reflejo de la enorme riqueza académica e intelectual de sus autores, situación que se vislumbra en los análisis que cada uno expone, no solamente su propio criterio cultural sino también con riguroso criterio científico, sus propias observaciones, virtudes y debilidades de los temas abordados, dejando en claro que la ciencia jurídica, vista desde diversos ángulos, contiene interesantes coincidencias, pero también grandes antagonismos, propios de la idiosincracia de sus autores y de los sistemas jurídicos en donde hemos abrevado los juristas latinoamericanos.

Los temas abordados por cada uno de quienes han colaborado en la producción bibliográfica forman parte de la agenda internacional, con singulares rasgos de defensa de los derechos humanos, producto de la globalización que no es sólo un fenómeno social, económico o financiero,

---

<sup>1</sup> Calva, José Luis. Coord. *¡Si se puede! Caminos al Desarrollo con Equidad*, Juan Pablos editor, 2012, Vol. 16, p. 18.

<sup>2</sup> Universidad Centroamericana de Nicaragua, Nicaragua (UCA).

<sup>3</sup> Universidad Autónoma del estado de Morelos, México (UAEM).

sino que se ha convertido en un tema de pronta y urgente atención por las violaciones a los derechos humanos que se están dando en diferentes latitudes.

La obra, por sí misma, constituye una importante aportación de ambas universidades a una de las labores sustantivas de su creación, la difusión del conocimiento científico y lo hacen de la mano de destacados exponentes en las disciplinas jurídicas como: sociedades cooperativas, la sociedad unipersonal y la sociedad por acciones simplificadas, los contratos de adhesión financieros y las cláusulas abusivas en materia financiera, las zonas económicas especiales como instrumento de desarrollo, la regulación de las empresas en México, la empresa socialmente responsable y el estado actual del derecho de los consumidores, la eclipsada protección de los derechos de los consumidores, el préstamo del dinero y los pagos a plazos, las restricciones a la autonomía privada, el derecho de la información como tutela jurídica, entre otros; resaltando, en todo momento, el interés de los autores por aportar a la ciencia jurídica global una tesis más cercana y con un lenguaje sobrio, correcto, y a la vez, revolucionario y moderno, para una mejor comprensión de los estudiosos del derecho.

Celebro, desde mi modesta opinión, estos encuentros entre universidades latinoamericanas que con este singular esfuerzo generan conocimiento jurídico de frontera y tejen redes de comunicación y de intercambio académico entre pares para la mejora, la difusión y el conocimiento del Derecho.

DR. RUBÉN TOLEDO ORIHUELA  
Universidad Autónoma del Estado de Morelos  
Cuernavaca, Morelos

**MÉXICO**



# La promoción de la sociedad cooperativa como mecanismo de garantía de derechos fundamentales y como directiva del proyecto nacional en México

Ricardo Tapia Vega<sup>1</sup>

**Resumen:** Este ensayo muestra, en relación con México, un estudio que presenta a la promoción de la empresa cooperativa como un mecanismo de garantía en relación a los derechos fundamentales de propiedad y mínimo vital, y como uno de los fines del proyecto nacional contenidos en la Constitución, desarrollando el tema en un interesante contexto sobre semblanza histórica, definición y características y naturaleza jurídica de la sociedad cooperativa.

**Palabras clave:** Derechos fundamentales, garantías, propiedad, mínimo vital, sociedad cooperativa, proyecto nacional, Constitución.

*Abstract: This essay presents, in connection with Mexico, a study that presents to the promotion of the cooperative enterprise as a mechanism of guarantee in relation to the fundamental rights of property and vital minimum, and like one of the aims of the national project contained in the Constitution, developing the subject in an interesting context on historical semblance, definition and characteristics and legal nature of the cooperative society.*

*Key words: Fundamental rights, guarantees, property, minimum living, cooperative society, national project, Constitution.*

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho y Globalización, con mención honorífica, por la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México. Catedrático en licenciatura y posgrado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de dicha universidad, y en diversas universidades. Especialista en “Justicia constitucional, interpretación y aplicación de la Constitución”, en “Contratación pública, nuevas regulaciones y globalización”, y en “Nuevos escenarios de la responsabilidad civil” por la Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, España. Autor en diversos artículos, revistas y libros. Abogado litigante. Correo electrónico: ricardo.tapia @uaem.mx

## I. Semblanza histórica de la Cooperativa

Se considera a los pioneros de Rochdale, Inglaterra, como los fundadores de la primer cooperativa. Estos eran veintiocho obreros hilanderos, desempleados unos y otros con salarios rebajados, que alrededor de 1844 se reunieron periódicamente durante un año para resolver su difícil situación económica, reuniendo al final, por medio del ahorro la cantidad de una libra esterlina, que en aquel tiempo tenía un valor adquisitivo cien veces mayor al actual. Así, y como resultado de las reuniones, los trabajadores decidieron realizar un programa de acción por medio de sociedades cooperativas, que se fundasen de conformidad con los principios por ellos acordados, principalmente el relativo a la distribución de los beneficios que se obtuviesen. El programa adoptado fue el siguiente:<sup>2</sup>

1.- La sociedad tiene por objeto realizar un provecho pecuniario y mejorar la condición doméstica y social de sus miembros, reuniendo un capital que sea bastante para poner en práctica el siguiente plan. 2.- Abrir un almacén para la venta de artículos alimenticios, vestidos, etc... para sus socios y familiares. 3.- Comprar o construir casas para aquellos de sus miembros que deseen ayudarse mutuamente y mejorar las condiciones de vida doméstica y social. 4.- Empezar la fabricación de los artículos que la sociedad juzgue conveniente producir para suministrar trabajo a aquellos de sus miembros que se encontraren faltos de él o que experimentasen una reducción continua de salarios. 5.- Comprar o arrendar tierras para que las cultiven los miembros sin trabajo o aquellos cuyo salario fuese insuficiente. 6.- Tan pronto como sea posible, la sociedad procederá a la organización de la producción, de la distribución y de la educación en su seno y por sus propios medios o, en otras palabras, se constituirá en colonia autónoma donde todos los interesados serán solidarios y se proporcionará ayuda a las demás sociedades que quisiesen fundar colonias semejantes. 7.- A fin de propagar la temperancia, la sociedad abrirá en uno de sus locales un establecimiento de esta índole (porque de esta forma se pretendía sustraer a los trabajadores de la costumbre de ingerir bebidas embriagantes).

En lo que hace a los antecedentes de la doctrina del cooperativismo, destacan, con antelación a los pioneros de Rochdale, los socialistas asociacionistas<sup>3</sup> Roberto Owen, François y María Charles Fourier<sup>4</sup>, que también en la primera mitad del siglo XIX, trazaron ideas y diseños asociativos cooperativistas.

<sup>2</sup> Cano Jáuregui, Joaquín, *Visión del Cooperativismo en México*, Ed. Unidad Coordinadora de Políticas, Estudios y Estadísticas del Trabajo, Subcoordinación de Programas Institucionales y Documentación de la Subsecretaría "B" de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, ed.1ª, México, 1986, pp. 26-28, pp. 30-33.

<sup>3</sup> Gutiérrez Pantoja, Gabriel, *Historia del pensamiento económico*, visible el siguiente sitio de internet: [http://www.paginaspersonales.unam.mx/files/698/Publica\\_20110921175115.pdf](http://www.paginaspersonales.unam.mx/files/698/Publica_20110921175115.pdf) (consultado el 21 de noviembre de 2016).

<sup>4</sup> En Manchester, Inglaterra Roberto Owen, industrial de la rama de hilados y tejidos en, fundó villas de la cooperación con la idea de que los obreros, sin desatender las labores industriales, cultivasen las tierras para obtener alimentos básicos, villas que con el tiempo podrían convertirse en comunidades autosuficientes que solo venderían en el mercado los excedentes de productos no utilizados. Owen no llegó a definir la forma de asociación y control de operaciones ni la capacitación del obrero para administrar con éxito estas empresas. En esa misma época, en Francia, el socialista utópico François María Charles Fourier creó otra forma cooperativa que llamó *Falansterio* o *Falanges* consistente en reunir trescientas familias desiguales en fortuna, que se asentarían en un terreno cuya superficie fuera de una legua cuadrada, que incluiría un río, una colina y estaría cercana a un bosque, labrarían las tierras y se compensaría a cada persona proporcionalmente a su aportación de capital, trabajo y talento, habría una tienda de aprovisionamiento general que, a la vez se encargaría de vender los excedentes de la producción no consumible por las familias del *falansterio*; estas familias habitarían en los edificios que al efecto se construyeran con la ayuda del estado, el que le reembolsaría con el porcentaje que se separase del rendimiento final. Cabe también poner de relieve que en Francia Phillips Bouchez y Juan José Luis Blanc promovieron de igual modo figuras asociativas cooperativas. Cf: Cano Jáuregui, Joaquín, *ob. cit.*, pp. 26-29.



Ahora, el cooperativismo llega a México a poco más de un cuarto de siglo desde el movimiento de los Pioneros de Rochdale. Así, en 1873 nació en México la primera cooperativa de producción, formada por sastres, a la que siguieron otras, de carpinteros y sombrereros, y en 1876, en el Distrito Federal<sup>5</sup>, los obreros ferroviarios de la Estación Buenavista constituyeron la primera sociedad cooperativa de consumo<sup>6</sup>. Posteriormente el Código de Comercio de 1889 reconoció a las cooperativas de manera explícita, y en 1927, bajo la presidencia de Plutarco Elías Calles aparece la primera Ley General de Sociedades Cooperativas<sup>7</sup>, a la que le siguieron las leyes de 1933, 1938 y la actual de 1994.

Actualmente en México, observamos algunas empresas cooperativas con peso importante en la economía del país como: “La Cruz Azul S.C.L.” (cementera y club deportivo), “Caja Libertad S.C.L.” (servicios de ahorro y préstamo), “Sociedad Cooperativa de Trabajadores de Pascual S.C.L.” (refresquera), entre otras.

Finalmente, cabe señalar que la Alianza Cooperativa Internacional (ACI), es el órgano cúpula del Movimiento Cooperativo Internacional, se crea en Londres, en 1895, y actualmente, cuenta entre sus miembros con 292 organizaciones de 102 países que representan a casi 1000 millones de personas de todo el mundo. La Alianza cuenta con cuatro oficinas regionales en: América, Europa, África y Asia<sup>8</sup>. Dicha Alianza postula como valores cooperativos los siguientes principios:<sup>9</sup>

**Primer Principio: Membresía abierta y voluntaria**

Las cooperativas son organizaciones voluntarias abiertas para todas aquellas personas dispuestas a utilizar sus servicios y dispuestas a aceptar las responsabilidades que conlleva la membresía sin discriminación de género, raza, clase social, posición política o religiosa.

**Segundo Principio: Control democrático de los miembros**

Las cooperativas son organizaciones democráticas controladas por sus miembros quienes participan activamente en la definición de las políticas y en la toma de decisiones.

Los hombres y mujeres elegidos para representar a su cooperativa, responden ante los miembros.

<sup>5</sup> Hoy Ciudad de México.

<sup>6</sup> Sitio de internet de la Confederación Nacional Cooperativa de Actividades Diversas de la República Mexicana: [www.confe-coope.com.mx](http://www.confe-coope.com.mx) (consultado el 3 de enero de 2009).

<sup>7</sup> En adelante LGSC.

<sup>8</sup> Sitio de Internet de la Alianza Cooperativa Internacional, región América: <http://www.aciamericas.coop/Que-es-la-Alianza-Cooperativa-Internacional> (consultado el 2 de octubre de 2016).

<sup>9</sup> En su reunión de 1995, en la ciudad de Manchester, Gran Bretaña, la Alianza Cooperativa Internacional, acordó por unanimidad modificar los seis principios cooperativos, que según dicha alianza deberá tomar en cuenta todo el movimiento cooperativo internacional, estableciendo los 7 principios antes transcritos. Véase *Los Principios Universales del Cooperativismo*, folleto editado por la Comisión de Fomento Cooperativo de la LVI Legislatura de la Cámara de Diputados, México, 1995, pp. 9-14. Respecto de los 7 principios vigentes, véase también el sitio de Internet de la Alianza Cooperativa Internacional, región América: <http://www.aciamericas.coop/Principios-y-Valores-Cooperativos-4456> (consultado el 2 de octubre de 2016).

En las cooperativas de base los miembros tienen igual derecho de voto (un miembro, un voto), mientras en las cooperativas de otros niveles también se organizan con procedimientos democráticos.

**Tercer Principio: Participación económica de los miembros**

Los miembros contribuyen de manera equitativa y controlan de manera democrática el capital de la cooperativa. Por lo menos una parte de ese capital es propiedad común de la cooperativa.

Usualmente reciben una compensación limitada, si es que la hay, sobre el capital suscrito como condición de membresía.

Los miembros asignan excedentes para cualquiera de los siguientes propósitos: El desarrollo de la cooperativa mediante la posible creación de reservas, de la cual al menos una parte debe ser indivisible; los beneficios para los miembros en proporción con sus transacciones con la cooperativa; y el apoyo a otras actividades según lo apruebe la membresía.

**Cuarto Principio: Autonomía e independencia**

Las cooperativas son organizaciones autónomas de ayuda mutua, controladas por sus miembros.

Si entran en acuerdos con otras organizaciones (incluyendo gobiernos) o tienen capital de fuentes externas, lo realizan en términos que aseguren el control democrático por parte de sus miembros y mantengan la autonomía de la cooperativa.

**Quinto Principio: Educación, formación e información**

Las cooperativas brindan educación y entrenamiento a sus miembros, a sus dirigentes electos, gerentes y empleados, de tal forma que contribuyan eficazmente al desarrollo de sus cooperativas.

Las cooperativas informan al público en general, particularmente a jóvenes y creadores de opinión, acerca de la naturaleza y beneficios del cooperativismo.

**Sexto Principio: Cooperación entre cooperativas**

Las cooperativas sirven a sus miembros más eficazmente y fortalecen el movimiento cooperativo trabajando de manera conjunta por medio de estructuras locales, nacionales, regionales e internacionales.

**Séptimo Principio: Compromiso con la comunidad**

La cooperativa trabaja para el desarrollo sostenible de su comunidad por medio de políticas aceptadas por sus miembros.

## II. Definiciones y características

La palabra cooperar deriva del latín *cum*, que significa con, junto; y *operare*, que significa obrar, trabajar. El término cooperativa, proviene del bajo latín *cooperativus*, que a su vez deriva de los vocablos del mismo origen *cum* y *operativus*, siendo este último una derivación de *operare*.<sup>10</sup>

Según De Pina y De Pina Vara<sup>11</sup>, la cooperativa se define como la “sociedad integrada por individuos de la clase trabajadora con el propósito de (en calidad de productores o consumidores) obtener el beneficio derivado de la eliminación del intermediario”.

<sup>10</sup> Salinas Puente, Antonio, *Derecho Cooperativo*, Ed. E.C.L.A.L., México, 1954, p. 177.

<sup>11</sup> De Pina, Rafael y De Pina Vara, Rafael, *Diccionario de Derecho*, Ed. Porrúa, ed. 37ª, México, 2015, p. 195.

Francesco Messineo<sup>12</sup> la define como “aquella que tiene por finalidad permitir a sus componentes obtener la máxima remuneración por su fuerza de trabajo, o el máximo de bienes o servicio por el dinero que pagan a la propia cooperativa, y en la cual las utilidades se reparten en proporción a los servicios prestados a la sociedad o recibidos de ella”.

Thaller<sup>13</sup> la explica como “una sociedad que aprovisiona a sus propios miembros de géneros o mercancías, o que les suministra habitación o ventajas pecuniarias, o también, que recluta entre sus miembros su personal obrero, para repartir los beneficios entre los asociados (o socios) a prorrata de la cifra anual de negocios, o de los trabajos que cada una de ellos ha realizado para la empresa”.

En el plano legal, el Artículo 2 de la Ley General de Sociedades Cooperativas define a esta agrupación, como “una forma de organización social integrada por personas físicas con base en intereses comunes y en los principios de solidaridad, esfuerzo propio y ayuda mutua, con el propósito de satisfacer necesidades individuales y colectivas, a través de la realización de actividades económicas de producción, distribución y consumo de bienes y servicios”.

Ahora, la cooperativa presenta algunas notas características, quizá las dos más sobresalientes, son el deber de observar en su funcionamiento los principios esenciales universales del cooperativismo<sup>14</sup>, así como el reconocimiento de un voto por socio, independientemente de sus aportaciones; además, la ley dispone que este tipo societario será de capital variable y de responsabilidad limitada o suplementada, que habrá igualdad esencial en derechos y obligaciones de sus socios e igualdad de condiciones para las mujeres, que la duración será indefinida, y que se integrará con un mínimo de cinco socios<sup>15</sup> (excepción hecha de las cooperativas de ahorro y crédito cuya integración mínima es con 25 socios<sup>16</sup>).

<sup>12</sup> Citado por Mantilla Molina, Roberto, *Derecho Mercantil*, Ed. Porrúa, ed. 29ª, México, 1998, p. 316.

<sup>13</sup> *Ídem*.

<sup>14</sup> El artículo 6 de la LGSC dice:

“Las sociedades cooperativas deberán observar en su funcionamiento los siguientes principios:

I.- Libertad de asociación y retiro voluntario de los socios;  
 II.- Administración democrática;  
 III.- Limitación de intereses a algunas aportaciones de los socios si así se pactara;  
 IV.- Distribución de los rendimientos en proporción a la participación de los socios;  
 V.- Fomento de la educación cooperativa y de la educación en la economía solidaria;  
 VI.- Participación en la integración cooperativa;  
 VII.- Respeto al derecho individual de los socios de pertenecer a cualquier partido político o asociación religiosa, y  
 VIII.- Promoción de la cultura ecológica”.

Estos principios, salvo los referidos en las últimas dos fracciones, coinciden esencialmente con los principios universales del cooperativismo (véase último párrafo del apartado I, *supra*).

<sup>15</sup> Ver artículos 11 y 14 de la LGSC.

<sup>16</sup> Ver artículo 33 bis de la LGSC.

### III. Naturaleza Jurídica

La naturaleza de las sociedades cooperativas ha sido, en ocasiones, un tema polémico, tanto en la doctrina como en la norma jurídica.

Desde un punto de vista formalista, en el sistema jurídico mexicano la cooperativa es una especie singular de sociedad mercantil, y ese carácter le es reconocido a partir de la incorporación de la figura societaria cooperativa al Código de Comercio de 1889<sup>17</sup>, ya que el anterior, de 1884, la concebía como una especie de los contratos civiles.<sup>18</sup>

Actualmente, la Ley General de Sociedades Mercantiles, en su Artículo 1, fracción VI, textualmente establece que la cooperativa es una de las siete especies<sup>19</sup> de sociedad mercantil reconocidas, y en su artículo 4 dispone que se reputan mercantiles “todas las sociedades que se constituyan en alguna de las formas reconocidas por el artículo 1 de esta ley”. No obstante, su artículo 212 establece que “las sociedades cooperativas se regirán por su legislación especial”. Mantilla Molina<sup>20</sup> refiere que esto último ratifica el carácter mercantil de dicha especie social, pues técnicamente, deja al mismo legislador, en un momento ulterior, el cuidado de reglamentar la creación y funcionamiento de tal clase de sociedades.

Ahora, el Código de Comercio, en su artículo 75 clasifica los actos reputados precisamente como de comercio, y siguiendo esa clasificación nos damos cuenta de que en las cooperativas de producción se aprecia la existencia de una empresa de las previstas en las fracciones V al XI del dicho artículo<sup>21</sup>. Por otra parte, en las cooperativas de consumidores, se realizan sistemáticamente actos de intermediación en el cambio de mercancías, ya que como personas jurídicas dichas sociedades compran tales mercancías para venderlas ulteriormente a sus socios, y de esta actividad obtienen normalmente un remanente, que con posteridad será distribuido entre los propios socios;

---

<sup>17</sup> El artículo 89 de dicho código establecía: “La ley reconoce cinco formas ó especies de sociedades mercantiles: I. La sociedad en nombre colectivo; II. La sociedad en comandita simple; III. La sociedad anónima; IV. La sociedad en comandita por acciones; V. La sociedad cooperativa.”

<sup>18</sup> Castrillón y Luna, Víctor M., *Sociedades Mercantiles*, Ed. Porrúa, ed. 2ª, México, 2005, p. 432.

<sup>19</sup> Las otras son la sociedad en nombre colectivo, la sociedad en comandita simple, la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad anónima, la sociedad en comandita por acciones y la sociedad por acciones simplificadas.

<sup>20</sup> Mantilla Molina, Roberto, ob. cit., p. 313.

<sup>21</sup> De abastecimientos y suministros; de construcciones, y trabajos públicos y privados; las empresas de fábricas y manufacturas; las de transportes de personas o cosas, por tierra o por agua; y las de turismo; las librerías, y las empresas editoriales y tipográficas; las de comisiones, de agencias, de oficinas de negocios comerciales, casas de empeño y establecimientos de ventas en pública almoneda; y las de espectáculos públicos.

pero que, por lo pronto, constituye una utilidad para la cooperativa, por lo cual los actos que ha realizado quedan comprendidos dentro de la fracción I del citado artículo.<sup>22</sup>

Por último, es de destacar que en las cooperativas de ahorro y préstamo se llevan a cabo cotidianamente algunas de las operaciones descritas por las fracciones IV, XIV, XIX, XX, y XVII del multicitado Artículo 75<sup>23</sup>; y amén de lo anterior, la última fracción del artículo en comento establece que son mercantiles “cualesquiera otros actos de naturaleza análoga á los expresados en este Código”. En esas condiciones, si habitualmente y en desahogo de su objeto social, las cooperativas realizan actos de los formalmente clasificados por la ley como de comercio, entonces tienen el carácter legal de comerciantes y por tanto son formalmente sociedades mercantiles.

En esa línea, es interesante también observar que el artículo 13 de la Ley General de Sociedades Cooperativas establece que el acta constitutiva de este tipo de sociedades deberá inscribirse en el Registro Público de Comercio inherente a su domicilio social, y el artículo 72 de ese cuerpo normativo prevé, en su caso, la aplicación de la Ley de quiebras y suspensión de pagos (actualmente Ley de Concursos Mercantiles) a dicha sociedad, destacándose que según los artículos 9 a 16 de dicha ley concursal, la misma solo puede aplicarse a quien tenga el carácter de comerciante. Atento a lo anterior, si la cooperativa debe inscribirse en el Registro Público de Comercio y puede ser sujeta a concurso mercantil, luego entonces tiene el carácter formal de comerciante y por tanto su naturaleza es mercantil.

En el anterior contexto, se destaca también que el párrafo segundo del artículo 10 de la referida Ley Cooperativa establece que “se aplicará como legislación supletoria en materia de sociedades cooperativas, las disposiciones de la Ley General de Sociedades Mercantiles en lo que no se oponga a la naturaleza, organización y funcionamiento de aquéllas”.

Finalmente, los precedentes judiciales mexicanos refieren, sobre la naturaleza mercantil de la cooperativa que:

La legislación mexicana adopta la tesis que afirma el carácter comercial de las sociedades cooperativas, toda vez que la Ley General de Sociedades Mercantiles en su artículo 1o.,

---

<sup>22</sup> Todas las adquisiciones, enajenaciones y alquileres verificados con propósito de especulación comercial, de mantenimientos, artículos, muebles ó mercaderías, sea en estado natural, sea después de trabajados ó labrados.

<sup>23</sup> Los contratos relativos a obligaciones del Estado ú otros títulos de crédito corrientes en el comercio; las operaciones de Bancos; los depósitos por causa de comercio; los cheques, letras de cambio ó remesas de dinero de una plaza á otra, entre toda clase de personas; los vales ú otros títulos á la orden ó al portador, y las obligaciones de los comerciantes, á no ser que se pruebe que se derivan de una causa extraña al comercio.

fracción VI, incluye dentro de las especies de sociedades mercantiles, que reconoce como tales, a las sociedades cooperativas...<sup>24</sup>

Si a una sociedad cooperativa se le demanda el cumplimiento de un contrato, es inconcuso que su tramitación debe regirse por las disposiciones que al respecto establece el Código de Comercio, en virtud de que dichas sociedades tienen la calidad de comerciantes, ya que ese carácter les da la Ley General de Sociedades Mercantiles y mayormente si tienen constituido un capital social para el ejercicio del comercio...<sup>25</sup>

...Aunque este precepto se encuentra colocado dentro del capítulo de las sociedades anónimas que son de índole lucrativa, rasgo que no presentan las cooperativas conforme lo dispone su ley propia, sin embargo, el artículo 1o. de la Ley General de Sociedades Mercantiles considera expresamente como sociedades mercantiles a las citadas cooperativas...<sup>26</sup>

En ausencia de disposición en un ordenamiento especial, como lo es la Ley General de Sociedades Cooperativas, es lógico acudir a la norma general que rige instituciones similares, como la Ley General de Sociedades Mercantiles, que reconoce a las cooperativas en sus artículos 1o. y 4o. como sociedades de ese tipo...<sup>27</sup>

...Con las adecuaciones que en tratándose de cada sociedad mercantil establece la ley, podemos definir a la sociedad cooperativa como un acto jurídico mediante el cual los socios se obligan a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común, de carácter preponderantemente económico y con fines de especulación mercantil.<sup>28</sup>

Contrario a la idea de la naturaleza mercantil de la sociedad cooperativa, Antonio Salinas Puente<sup>29</sup> refiere que la sociedad cooperativa tiene una naturaleza propia (derivada del “acto cooperativo”<sup>30</sup> distinta de la naturaleza civil y mercantil).

<sup>24</sup> Tesis aislada, de efecto orientador, registro: 386631, emitida en la 5ª época por el Pleno de la SCJN, sin datos del ponente pues lo menciona la publicación, de rubro “SOCIEDADES COOPERATIVAS. (SON DE CARACTER MERCANTIL)”. En ese sentido, véase también la tesis aislada, de efecto orientador, registro: 334798, emitida en la 5ª época por la Segunda Sala de la SCJN, bajo la ponencia del ministro José M. Truchuelo, de rubro “COOPERATIVAS, EXENCION DE IMPUESTOS A LAS”.

<sup>25</sup> Tesis aislada, de efecto orientador, registro: 278008, emitida en la 5ª época por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN), bajo la ponencia del ministro Gilberto Valenzuela, de rubro “COOPERATIVA DEMANDADA EN JUICIO ORDINARIO MERCANTIL, COMPETENCIA”.

<sup>26</sup> Tesis aislada, de efecto orientador, registro: 249915, emitida en la 7ª época por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, bajo la ponencia del magistrado Genaro David Góngora Pimentel, de rubro “SOCIEDADES COOPERATIVAS. PERSONALIDAD DE LOS INTEGRANTES DEL CONSEJO DE ADMINISTRACION AL MOMENTO DE LA CELEBRACION DE LA AUDIENCIA CONSTITUCIONAL. EL JUICIO DE AMPARO ES PROCEDENTE AUN CUANDO LOS INTEGRANTES DEL CONSEJO NO HAYAN ACREDITADO ESTAR EN FUNCIONES AL CELEBRARSE LA AUDIENCIA. LA SOCIEDAD COOPERATIVA QUEJOSA COMO PERSONA MORAL, SIGUE SUBSISTIENDO LEGALMENTE, AUN CUANDO LOS INTEGRANTES FISICOS DE SU CONSEJO DE ADMINISTRACION CAMBIEN (ARTICULO 31 DE LA LEY DE SOCIEDADES COOPERATIVAS)”.

<sup>27</sup> Tesis aislada, de efecto orientador, XIX.2o.22 K, registro: 197010, emitida en la 9ª época por el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Noveno Circuito, bajo la ponencia del magistrado Roberto Terrazas Salgado, de rubro “SOCIEDADES COOPERATIVAS, REPRESENTACIÓN DE LAS. SUPLETORIEDAD DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES”.

<sup>28</sup> Tesis aislada, de efecto orientador, I.3o.C.1037 C (9a.), registro: 159892, emitida en la 10ª época por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, bajo la ponencia del magistrado Benito Alva Zenteno, de rubro “SOCIEDAD COOPERATIVA. SUS NOTAS DISTINTIVAS Y DEFINICIÓN”.

<sup>29</sup> Cfr. Salinas Puente, Antonio, ob. cit. P. 150

<sup>30</sup> Actualmente, la LGSC señala, en su artículo 5, que “se consideran actos cooperativos los relativos a la organización y funcionamiento interno de las sociedades cooperativas”.

Por su parte, Acosta Romero y Lara Luna<sup>31</sup>, también disienten del carácter mercantil de la cooperativa al expresar: “pensamos que las cooperativas no tienen carácter mercantil, ya que no se puede afirmar dicha postura por el hecho de que en una ley general como lo es la de sociedades mercantiles, se establezca de manera general, mencionada en su artículo 1, que esto sea muestra de su mercantilidad”.

Y en esa línea encontramos los siguientes precedentes judiciales, que dicen:

...Las cooperativas no persiguen fines de lucro en razón de que no ejecutan actos de comercio, las cuales se identifican por dos elementos substanciales que son: el lucro y la intermediación; y aquél no existe en las cooperativas, porque lo que se obtiene con el producto de sus actividades como rendimiento se reparte a prorrata entre los socios en razón de lo que ha trabajado cada uno de ellos, es decir, el reparto que se hace, se equipara al salario... La intermediación tampoco existe de una manera evidente porque las cooperativas se entienden directamente con el consumidor y reciben de este el producto de su trabajo, y no siendo exacto que las cooperativas de producción se dediquen habitual u ocasionalmente a ejecutar actos de comercio y si los trabajos industriales que ejecutan no se caracterizan por un fin de lucro, sino por el propósito de beneficiar a sus socios, como son los trabajadores de las propias cooperativas...<sup>32</sup>

...El artículo 85 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que previene que los administradores o gerentes de sociedades o negociaciones mercantiles, se reputan autorizados para suscribir letras de cambio a nombre de estas, por el hecho de su nombramiento, no es aplicable a las sociedades cooperativas, porque estas no tienen el carácter de mercantiles, ya que la ley de cooperativas exige en su artículo 1o., fracción VI, que las mismas no persigan fines de lucro...<sup>33</sup>

...para la constitución de sociedades de esa índole, es que no persigan fines de lucro, resulta que la calidad de no mercantiles de las actividades realizadas por una cooperativa, no se deriva de la Ley de Impuestos Mercantiles, sino de la Ley General de Sociedades Cooperativas.<sup>34</sup>

<sup>31</sup> Acosta Romero, Miguel, Lara Luna, Julieta Areli, *Nuevo Derecho Mercantil*, Ed. Porrúa, ed. 2ª, México, 2003, p.407.

<sup>32</sup> Tesis aislada, de efecto orientador, registro: 318738, emitida en la 5ª época por la Segunda Sala de la SCJN, sin datos del ponente pues lo menciona la publicación, de rubro “COOPERATIVAS DE PRODUCCION, NO ESTAN SUJETAS AL PAGO DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA EN CEDULAS I Y II”.

<sup>33</sup> Se refiere a la Ley General de Sociedades Cooperativas de 1938, cuyo artículo 1, fracción VI, decía: “Son sociedades cooperativas aquellas que reúnen las siguientes condiciones:

...

VI.- No perseguir fines de lucro

...”.

Es pertinente destacar que esta disposición no permaneció en la actual LGSC de 1994.

Véase la tesis aislada, de efecto orientador, registro: 352969, emitida en la 5ª época por el la Tercera Sala de la SCJN, bajo la ponencia del ministro Hilario Medina, de rubro “SOCIEDADES COOPERATIVAS, SUSCRIPCIÓN DE LETRAS DE CAMBIO POR LOS GERENTES DE LAS”.

La ley actualmente en vigor no refiere textualmente la prohibición del ánimo de lucro, pero define a la cooperativa como ya se ha visto, en su artículo 2, como “una forma de organización social integrada por personas físicas con base en intereses comunes y en los principios de solidaridad, esfuerzo propio y ayuda mutua, con el propósito de satisfacer necesidades individuales y colectivas, a través de la realización de actividades económicas de producción, distribución y consumo de bienes y servicios”.

<sup>34</sup> Tesis aislada, de efecto orientador, registro: 268180, emitida en la 6ª época por la Segunda Sala de la SCJN, bajo la ponencia del ministro Rafael Matos Escobedo, de rubro “SOCIEDADES COOPERATIVAS

..la sociedad cooperativa es una sociedad clasista, una asociación de individuos de clase trabajadora, animados por las ideas de ayuda mutua y equidad, que mediante la eliminación del intermediarismo, buscan, sin afán de lucro, obtener y repartir directamente y prorratea, entre los socios, beneficios extracapitalistas.<sup>35</sup>

Finalmente, en el terrero de los antecedentes legislativos, es interesante observar la exposición de motivos del Proyecto de “Ley General de Fomento Cooperativo” (antecedente de la actual “Ley General de Sociedades Cooperativas”), ya que en él, expresamente el legislador manifestó su intención de integrar a la ley cooperativa dentro de la clasificación del derecho social, al expresar que:<sup>36</sup>

... El proyecto de Ley General de Fomento Cooperativo que presentamos a su consideración, contiene, entre otras, las siguientes aportaciones:

1. Rescata de la legislación mercantil a la cooperativa para enmarcarla dentro del derecho social, y considera de esta forma a la propiedad cooperativa, como parte de la propiedad social.

... 4. Se reconoce por primera vez en nuestro país al derecho cooperativo como una rama del derecho social...

Así las cosas, la cooperativa es considerada formalmente por la ley como sujeto mercantil; y aunque, como se ha visto, hay posiciones que niegan la mercantilidad de la cooperativa con base en la idea de que esta no persigue fines de lucro, considero que en realidad este tipo societario sí realiza actos de lucro, pues la cooperativa de producción vende a terceros sus productos obteniendo una ganancia respecto del coste de manufactura, la cooperativa ahorro y préstamo cobra intereses (aunque módicos) obteniendo un excedente al devolverse la cantidad prestada, y la cooperativa de consumo también vende sus productos entre sus socios, generalmente a un precio ligeramente mayor al de su coste, aunque menor que el precio de venta en el mercado intermediado, obteniendo un excedente sobre el precio de compra, y en los

---

QUE NO PERSIGAN FINES DE LUCRO”.

<sup>35</sup> Tesis aislada, de efecto orientador, registro: 221185, emitida en la 8ª época por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, bajo la ponencia del magistrado Genaro David Góngora Pimentel, de rubro “SEGURO SOCIAL. LAS SOCIEDADES COOPERATIVAS QUE CONTRATAN TRABAJADORES DEBEN COTIZAR BAJO EL REGIMEN TRIPARTITA AL CUBRIR LAS PRIMAS CORRESPONDIENTES Y NO BAJO EL REGIMEN DE EXCEPCION”. Esta tesis, al igual que la de registro 249915, referida en la notal al pie 26, *supra*, consideran que la cooperativa no tiene fines de lucro, no obstante, el ponente de ambas, Genaro David Góngora Pimentel, termina considerando, desde una óptica formalista que la cooperativa es de naturaleza mercantil al estar prevista por la Ley General de Sociedades Mercantiles; sin embargo, el aserto en relación a la ausencia de lucro termina también sirviendo como argumento de la corriente que niega la naturaleza mercantil de la cooperativa.

<sup>36</sup> DVD, “Compila XVI”, programa de compilación de leyes federales, Editado por la Dirección General de Documentación y Análisis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2008, Sección: Legislación, Ley General de Sociedades Cooperativas, Reformas, Proceso Legislativo, Exposición de Motivos.



casos de venta al mismo valor de adquisición, como dice Lluís y Navas<sup>37</sup>, el socio cooperativista obtiene un beneficio consistente “en la baratura con que adquiere el producto, en haberse lucrado con la diferencia entre el precio del mercado y de su suministro por la sociedad. Efectivamente es una venta a precio de coste, pero vender a este precio es dar al comprador el beneficio del servicio de intermediación del comerciante. Así, podemos considerar a la sociedad cooperativa como sociedad lucrativa en sentido *lato*”.

No obstante, pienso que la diferencia específica de la sociedad cooperativa respecto a los demás tipos societarios mercantiles, estriba en esencia, en su filosofía de economía solidaria<sup>38</sup> y en su peculiaridad de ser una sociedad en la que el peso específico decisorio radica en las personas y no en el capital (número o clase de acciones), como se aprecia en los dos últimos párrafos del apartado II (*supra*).

#### **IV. Cooperativa, derechos fundamentales y fines del proyecto nacional. Conclusiones**

Se conceptúan los derechos humanos como el conjunto de prerrogativas sustentadas en la idea de dignidad, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral de la persona<sup>39</sup>. Cuando estos derechos se positivizan en textos normativos constitucionales o convencionales internacionales se denominan derechos fundamentales.

Esta clase de derechos han sido clasificados atendiendo a diversos criterios, así, podemos encontrar clasificaciones que atienden a su naturaleza, al origen, contenido y por la materia a la que se refieren. Con un propósito pedagógico han sido clasificados en tres generaciones; esto en función al momento histórico en que surgieron o del reconocimiento que han tenido por parte de los Estados. Es conveniente indicar que el agrupamiento de los derechos humanos en generaciones no significa que algunos tengan mayor o menor importancia sobre otros pues todos ellos encuentran en la dignidad humana el principio y fin a alcanzar. Así entonces en la primera generación fueron agrupados los derechos civiles y políticos, en la segunda generación

<sup>37</sup> Lluís y Navas, Jaime, *Derecho de cooperativas: Estudio de la legislación, la jurisprudencia, sus bases doctrinales, sus problemas y del Reglamento de 1971*, vol. I, Ed. Bosch, Barcelona (España), 1972, p. 62.

<sup>38</sup> Basada en los principios universales del cooperativismo (ver parte final del apartado I, *supra*), en los principios de solidaridad, esfuerzo propio y ayuda mutua, y en la igualdad de derechos para sus socios.

<sup>39</sup> *Cfr.* Sitio de internet: [http://www.cndh.org.mx/Que\\_Son\\_Derechos\\_Humanos](http://www.cndh.org.mx/Que_Son_Derechos_Humanos) (consultado el 26 de febrero de 2017).

los derechos económicos, sociales y culturales<sup>40</sup> y en la tercera generación se agruparon los que corresponden a grupos de personas o colectividades que comparten intereses comunes.<sup>41</sup>

Ahora, para la realización de los derechos fundamentales, se requiere en la *praxis* de ciertas herramientas tendentes a reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y por tanto, encaminadas a posibilitar la máxima eficacia de esas prerrogativas en coherencia con su estipulación fundamental. A esas herramientas tuitivas se les ha denominado “garantías”.<sup>42</sup>

Así, en garantía de los derechos fundamentales es obligación de los Estados la realización de dichos derechos adoptando medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales y de otra índole para hacer plenamente efectivos estos derechos, pudiendo realizarse esta obligación de manera progresiva.<sup>43</sup>

En el *soft law*<sup>44</sup> internacional, la Declaración Universal de los Derechos Humanos reivindica, como derechos fundamentales, entre otros, a la propiedad y al mínimo vital<sup>45</sup>, al disponer respectivamente:

<sup>40</sup> Aunque los derechos fundamentales denominados económicos, sociales y culturales (DESC) se describen como de “segunda generación”, en realidad gozan de reconocimiento desde hace siglos. En ese sentido, por ejemplo, las declaraciones de derechos tanto francesa como estadounidense de finales del siglo XVIII, incluían respectivamente conceptos tales como “la búsqueda de la felicidad” (*the pursuit of happiness*) e “igualdad y fraternidad” (*égalité et fraternité*). Véase Amnistía Internacional, *Derechos humanos para la dignidad humana. Una introducción a los derechos económicos, sociales y culturales*, Ed. Amnistía Internacional, ed. 2ª, España, 2014, p.25

<sup>41</sup> Ver el siguiente sitio de internet: [http://www.cndh.org.mx/Que\\_Son\\_Derechos\\_Humanos](http://www.cndh.org.mx/Que_Son_Derechos_Humanos) (consultado el 26 de febrero de 2016).

<sup>42</sup> Cfr. Tapia Vega, Ricardo, *El matrimonio igualitario en México. Una perspectiva de derechos humanos*, en Oliva Gómez, Eduardo, Tapia Vega, Ricardo, et al (coordinadores), *Temas Selectos. Hacia el ámbito del derecho familiar*, Vol. 4, Ed. Eternos Malabares-UAEM-UNED, México, 2017, p.18.

<sup>43</sup> Cfr. Amnistía Internacional, ob. cit., p. 69.

<sup>44</sup> “*soft law* -en inglés-, cuya traducción corresponde a ley suave, normas ligeras, dúctiles o blandas y es empleado dado (i) el sentido de falta de eficacia obligatoria y (ii) en oposición al “*hard law*” o derecho duro o positivo”. Véase la tesis aislada, de efecto orientador, XXVII.3o.6 CS (10a.), registro 2008663, sostenida en la 10ª época por el Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Séptimo Circuito, bajo la ponencia de la magistrada Livia Lizbeth Larumbe Radilla, de rubro ““SOFT LAW”. LOS CRITERIOS Y DIRECTRICES DESARROLLADOS POR ÓRGANOS INTERNACIONALES ENCARGADOS DE LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SON ÚTILES PARA QUE LOS ESTADOS, EN LO INDIVIDUAL, GUÍEN LA PRÁCTICA Y MEJORAMIENTO DE SUS INSTITUCIONES ENCARGADAS DE VIGILAR, PROMOVER Y GARANTIZAR EL APEGO IRRESTRICTO A LOS DERECHOS HUMANOS”.

<sup>45</sup> En cuanto al contenido de este derecho, es interesante la tesis aislada, de efecto orientador, 1a. XC-VII/2007, registro 172545, sostenida en la 9ª época por la Primera Sala de la SCJN, bajo la ponencia del ministro José Ramón Cossío Díaz, de rubro “DERECHO AL MÍNIMO VITAL EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL MEXICANO”, cuyo texto indica: “El derecho constitucional al mínimo vital cobra plena vigencia a partir de la interpretación sistemática de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución General y particularmente de los artículos 1, 3, 4, 6, 13, 25, 27, 31 fracción IV y 123. Un presupuesto del Estado Democrático de Derecho es el que requiere que los individuos tengan como punto de partida condiciones tales que les permitan desarrollar un plan de vida autónomo, a fin de facilitar que los

**Artículo 17**

1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente.

...

**Artículo 25**

1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

...

Destaca también la recomendación N° 127 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), emitida el 21 junio de 1966, que en su momento exhortó a los países en vías de desarrollo, al establecimiento y la expansión de las sociedades cooperativas, considerando a estas formas de organización socioeconómica como uno de los factores más importantes del desarrollo económico, social y cultural, así como de la promoción humana, lo cual puede identificarse como instrumento de garantía respecto al mínimo vital.

Esta recomendación sugirió que las cooperativas recibieran, sin que su independencia se viera afectada, ayuda y estímulo económico, financiero, técnico, legislativo o de otro carácter, y estableció también que la cooperativa tendría “derecho a operar en condiciones por lo menos iguales a las de otras formas de empresa”.

Ahora en el *hard law* internacional, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también enarbola, como derecho fundamental, entre otros, al mínimo vital, al prescribir:

**Artículo 7**

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial:

...

---

governados participen activamente en la vida democrática. De esta forma, el goce del mínimo vital es un presupuesto sin el cual las coordenadas centrales de nuestro orden constitucional carecen de sentido, de tal suerte que la intersección entre la potestad Estatal y el entramado de derechos y libertades fundamentales consiste en la determinación de un mínimo de subsistencia digna y autónoma protegido constitucionalmente. Este parámetro constituye el contenido del derecho al mínimo vital, el cual, a su vez, coincide con las competencias, condiciones básicas y prestaciones sociales necesarias para que la persona pueda llevar una vida libre del temor y de las cargas de la miseria, de tal manera que el objeto del derecho al mínimo vital abarca todas las medidas positivas o negativas imprescindibles para evitar que la persona se vea constitucionalmente reducida en su valor intrínseco como ser humano por no contar con las condiciones materiales que le permitan llevar una existencia digna. Así, este derecho busca garantizar que la persona -centro del ordenamiento jurídico- no se convierta en instrumento de otros fines, objetivos, propósitos, bienes o intereses, por importantes o valiosos que ellos sean”.

a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores:

...

ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias, conforme a las disposiciones del presente Pacto;

...

### **Artículo 11**

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.

2. Los Estados Partes en el presente Pacto, reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre, adoptarán, individualmente y mediante la cooperación internacional, las medidas, incluidos programas concretos, que se necesiten para:

a) Mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios, de modo que se logre la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales;

b) Asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades, teniendo en cuenta los problemas que se plantean tanto a los países que importan productos alimenticios como a los que los exportan.

En tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el mismo sentido, de alguna manera también postula dicho derecho fundamental, indicando lo siguiente:

PREÁMBULO<sup>46</sup>

...

Reiterando que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos, y...

---

<sup>46</sup> El artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, establece, que el preámbulo es parámetro de interpretación del tratado:

“Artículo 31 Regla General de interpretación

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

...”

En ese sentido, véase también la tesis aislada, de efecto orientador, 1a. LXXXV/2007, registro: 172168, emitida en la 9ª época por la Primera Sala de la SCJN, bajo la ponencia del ministro Juan N. Silva Meza, de rubro “PROCESO LEGISLATIVO. LAS RAZONES EXPUESTAS POR LOS ÓRGANOS QUE PARTICIPAN EN ÉL Y QUE NO FUERON REFLEJADAS EN LAS DISPOSICIONES LEGALES PROMULGADAS EN EL DECRETO RESPECTIVO, NO FORMAN PARTE DEL CUERPO LEGAL DE UN ORDENAMIENTO, POR LO QUE EN SU INTERPRETACIÓN NO PUEDEN INTRODUCIRSE ELEMENTOS NO INCORPORADOS EN EL TEXTO DE LA DISPOSICIÓN LEGAL DE QUE SE TRATE”.

## Artículo 26. Desarrollo Progresivo

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Por otra parte, la citada convención, en tutela de los derechos fundamentales a la dignidad y a la propiedad, establece en su artículo 21.3 que “tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley”. En ese sentido, la prohibición de la usura se presenta como una garantía para la protección los citados derechos.<sup>47</sup>

Ahora, en el marco constitucional mexicano (*hard law* nacional) se aprecia que el arábigo 26, apartado A, párrafo segundo de la Constitución federal dispone que “los fines del proyecto nacional contenidos en esta Constitución determinarán los objetivos de la planeación”. Así, la Carta Magna mexicana, amén de ser continente de un catálogo de derechos fundamentales mínimos para las personas y de una estructura de organización del poder (como toda Constitución), se auto-define, bajo el paradigma francés estatalista<sup>48</sup>, como receptáculo de normas directivas fundamentales que postulan un proyecto de Nación, que define los deberes del gobierno y los objetivos y valores a alcanzar mediante la actividad estatal.

En esa tesitura, dicha norma fundamental postula en su artículo 25<sup>49</sup>, párrafo octavo, el deber de la ley respecto a establecer:

<sup>47</sup> En ese sentido, resulta interesante el contenido de la tesis jurisprudencial 1a./J. 46/2014 (10a.), de efecto vinculante, registro: 2006794, emitida en la 10ª época por la Primera Sala de la SCJN, bajo la ponencia del ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, de rubro “PAGARÉ. EL ARTÍCULO 174, PÁRRAFO SEGUNDO, DE LA LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO, PERMITE A LAS PARTES LA LIBRE CONVENCION DE INTERESES CON LA LIMITANTE DE QUE LOS MISMOS NO SEAN USURARIOS. INTERPRETACION CONFORME CON LA CONSTITUCION [ABANDONO DE LA JURISPRUDENCIA 1a./J. 132/2012 (10a.) Y DE LA TESIS AISLADA 1a. CCLXIV/2012 (10a.)]”, que considera a la usura como un fenómeno contrario al derecho fundamental de propiedad, al ser una forma de explotación del hombre por el hombre, lo que se considera que ocurre cuando una persona obtiene en provecho propio y de modo abusivo sobre la propiedad de otra, un interés excesivo derivado de un préstamo.

<sup>48</sup> Respecto del concepto de Constitución como norma directiva y proyecto de nación, véase Fioravanti, Mauricio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Ed. Trotta, ed. 6ª, España, 2009, pp. 95, 129 a 131.

<sup>49</sup> Dicho artículo, en su párrafo cuarto, divide a la economía nacional en tres sectores: sector público, sector social y sector privado “sin menoscabo de otras formas de actividad económica que contribuyan al desarrollo de la Nación”. En línea similar, en el *soft law* internacional la Constitución de la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial, organismo especializado, aprobado en Viena el 8 de abril de 1979, percibe a la esfera cooperativa como un sector de la economía, al expresar:

“Artículo 2. Funciones. En cumplimiento de sus objetivos anteriormente expuestos, la organización tomará en general todas las medidas necesarias y adecuadas, y en particular:

...

d) Promoverá y fomentará el desarrollo y la utilización de técnicas de planificación, y contribuirá a la formulación de programas de desarrollo, científicos y tecnológicos y de planes de industrialización en los sectores público, cooperativo y privado;

...”

“los mecanismos que faciliten la organización y la expansión de la actividad económica del sector social: de los ejidos, organizaciones de trabajadores, cooperativas, comunidades, empresas que pertenezcan mayoritaria o exclusivamente a los trabajadores y, en general, de todas las formas de organización social para la producción, distribución y consumo de bienes y servicios socialmente necesarios”.

De donde se aprecia un esquema de especial protección para la sociedad cooperativa (y las demás figuras sociales ahí detalladas), tendente a facilitar su “organización y expansión” como prioridad en “la producción, distribución y consumo de bienes y servicios socialmente necesarios”, lo cual puede identificarse como instrumento de acceso al mínimo vital.

A su vez, el artículo 28, párrafo noveno, del texto constitucional en cita brinda una tutela económica especial a las cooperativas, al disponer que:

No constituyen monopolios las asociaciones de trabajadores formadas para proteger sus propios intereses y las asociaciones o sociedades cooperativas de productores para que, en defensa de sus intereses o del interés general, vendan directamente en los mercados extranjeros los productos nacionales o industriales que sean la principal fuente de riqueza de la región en que se produzcan o que no sean artículos de primera necesidad, siempre que dichas asociaciones estén bajo vigilancia o amparo del Gobierno Federal o de las entidades federativas, y previa autorización que al efecto se obtenga de las Legislaturas respectivas en cada caso. Las mismas Legislaturas, por sí o a propuesta del Ejecutivo podrán derogar, cuando así lo exijan las necesidades públicas, las autorizaciones concedidas para la formación de las asociaciones de que se trata.

Del cual se observa una tutela especial, con ciertos requisitos, para la sociedad cooperativa de producción (y las asociaciones de trabajadores), a efecto de que “vendan directamente en los mercados extranjeros los productos nacionales o industriales que sean la principal fuente de riqueza de la región en que se produzcan o que no sean artículos de primera necesidad” sin ser consideradas monopolios, lo cual aparece como un mecanismo de garantía para la “defensa de sus intereses o del interés general”.

Finalmente, el artículo 123 constitucional, apartado A, fracción XXX, considera de utilidad social a cierta clase de cooperativas, al disponer que:

... serán consideradas de utilidad social, las sociedades cooperativas para la construcción de casas baratas e higiénicas, destinadas a ser adquiridas en propiedad, por los trabajadores en plazos determinados.

Instituyendo esa tutela como mecanismo de garantía para el acceso de “casas baratas e higiénicas” para los trabajadores, lo cual puede identificarse como instrumento de acceso a la propiedad y al mínimo vital .

Así el establecimiento y desarrollo de la empresa cooperativa en México se haya explicitada dentro de los fines del proyecto nacional contenidos en

la Constitución, y en ese sentido debe ser factor de determinación de los objetivos de la planeación estatal; a la par, la cooperativa aparece en diversos matices, tanto en la norma fundamental nacional como en las internacionales<sup>50</sup>, identificada con mecanismos de garantía inherentes al acceso a los derechos fundamentales de propiedad y mínimo vital. Respecto de esto último, como colofón, resulta pertinente citar nuevamente a Joaquín Cano Jáuregui<sup>51</sup>, cuando refiere que el cooperativismo es un sistema económico social para el mejoramiento integral de la persona humana de escasos recursos, mediante la acción conjunta y democrática en una empresa que satisfaga tales propósitos sin explotar a sus semejantes.

---

<sup>50</sup> Vale la pena referir, respecto de las normas internacionales de derechos humanos, que en México el control de regularidad constitucional parte de un parámetro que conforman precisamente los derechos humanos contenidos tanto en la Constitución como en los Tratados Internacionales de los que el estado mexicano es parte. Al respecto véase la tesis jurisprudencial P/J. 20/2014 (10a.), registro 2006224, emitida en la décima época por el Pleno de la SCJN, bajo la ponencia del ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, de rubro “DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL”.

<sup>51</sup> Cano Jáuregui, Joaquín, *ob. cit.*, p. 41.

## REFERENCIAS

### Bibliográficas

ACOSTA ROMERO, MIGUEL, LARA LUNA, JULIETA ARELI, *Nuevo Derecho Mercantil*, Ed. Porrúa, ed. 2ª, México, 2003.

Amnistía Internacional, *Derechos humanos para la dignidad humana. Una introducción a los derechos económicos, sociales y culturales*, Ed. Amnistía Internacional, ed. 2ª, España, 2014.

CANO JAUREGUI, JOAQUÍN, *Visión del Cooperativismo en México*, Ed. Unidad Coordinadora de Políticas, Estudios y Estadísticas del Trabajo, Subcoordinación de Programas Institucionales y Documentación de la Subsecretaría "B" de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, ed. 1ª, México, 1986.

CASTRILLÓN Y LUNA, VÍCTOR M., *Sociedades Mercantiles*, Ed. Porrúa, ed. 2ª, México, 2005.

DE PINA, RAFAEL Y DE PINA VARA, RAFAEL, *Diccionario de Derecho*, Ed. Porrúa, ed. 37ª, México, 2015.

FIORAVANTI, MAURICIO, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Ed. Trotta, ed. 6ª, España, 2009.

LLUIS Y NAVAS, JAIME, *Derecho de cooperativas: Estudio de la legislación, la jurisprudencia, sus bases doctrinales, sus problemas y del Reglamento de 1971*, vol. I, Ed. Bosch, Barcelona (España), 1972.

MANTILLA MOLINA, ROBERTO, *Derecho Mercantil*, Ed. Porrúa, ed. 29ª, México, 1998.

OLIVA GÓMEZ, EDUARDO, TAPIA VEGA, RICARDO, *et al* (coordinadores), *Temas Selectos. Hacia el ámbito del derecho familiar*, Vol. 4, Ed. Eternos Malabares-UAEM-UNED, México, 2017.

SALINAS PUENTE, ANTONIO, *Derecho Cooperativo*, Ed. E.C.L.A.L., México, 1954.

### Normativas Mexicanas

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Código de Comercio (actual y de 1889)

Ley General de Sociedades Cooperativas (actual, de 1933 y de 1938)

Ley General de Sociedades Mercantiles

### Instrumentos Internacionales

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Convención Americana sobre Derechos Humanos



Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

Declaración Universal de los Derechos Humanos

Recomendación N° 127 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), emitida el 21 junio de 1966

Constitución de la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial, organismo especializado, aprobado en Viena el 8 de abril de 1979.

### **Electrónicas**

GUTIÉRREZ PANTOJA, GABRIEL, *Historia del pensamiento económico*, visible el siguiente sitio de internet: [http://www.paginaspersonales.unam.mx/files/698/Publica\\_20110921175115.pdf](http://www.paginaspersonales.unam.mx/files/698/Publica_20110921175115.pdf) (consultado el 21 de noviembre de 2016).

Sitio de internet de la Confederación Nacional Cooperativa de Actividades Diversas de la República Mexicana: [www.confe-coope.com.mx](http://www.confe-coope.com.mx) (consultado el 3 de enero de 2009).

Sitio de Internet de la Alianza Cooperativa Internacional, región América: <http://www.aciamericas.coop/Que-es-la-Alianza-Cooperativa-Internacional> (consultado el 2 de octubre de 2016).

Sitio de Internet de la Alianza Cooperativa Internacional, región América: <http://www.aciamericas.coop/Principios-y-Valores-Cooperativos-4456> (consultado el 2 de octubre de 2016).

Sitio de internet: [http://www.cndh.org.mx/Que\\_Son\\_Derechos\\_Humanos](http://www.cndh.org.mx/Que_Son_Derechos_Humanos) (consultado el 26 de febrero de 2017).

Semanario Judicial de la Federación (búsqueda de jurisprudencia y tesis aisladas del Poder Judicial de la Federación), sitio de internet: [http://200.38.163.178/sjfsist/\(F\(5dNDcC0oMytMUsSj29gyrcjWbWMcqclZ\\_gSWfoYqUWrTHZoasYL18\\_tC5MvotqOSc9ziDl6ur5ia3UFsMdIi3h8dq9j221F4\\_TC-cDnwLdYgJGcU6suX8lweL7BTFci6rg89tZmXfh\\_jUNa9haiOuo5ms98-ASi-RAU2E3TA81\)\)/Paginas/tesis.aspx](http://200.38.163.178/sjfsist/(F(5dNDcC0oMytMUsSj29gyrcjWbWMcqclZ_gSWfoYqUWrTHZoasYL18_tC5MvotqOSc9ziDl6ur5ia3UFsMdIi3h8dq9j221F4_TC-cDnwLdYgJGcU6suX8lweL7BTFci6rg89tZmXfh_jUNa9haiOuo5ms98-ASi-RAU2E3TA81))/Paginas/tesis.aspx) (consultado hasta el 26 de febrero de 2017).

DVD, “Compila XVI”, programa de compilación de leyes federales, Editado por la Dirección General de Documentación y Análisis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2008, Sección: Legislación, Ley General de Sociedades Cooperativas, Reformas, Proceso Legislativo, Exposición de Motivos.

### **Otras**

*Los Principios Universales del Cooperativismo*, folleto editado por la Comisión de Fomento Cooperativo de la LVI Legislatura de la Cámara de Diputados, México, 1995.

# La sociedad unipersonal y la sociedad por acciones simplificadas

Dr. Víctor Manuel Castrillón y Luna<sup>1</sup>

**Resumen:** Las sociedades con un solo socio existen y son cada día más; los sujetos capaces de constituir personas jurídicas figurando como únicos socios, al poseer el capital requerido, proliferan en este nuevo mundo global; habiéndose demostrado que la pluralidad de individuos que exige la ley se cumplía por vía de presta-nombres o testaferros; observamos, entonces, que el reconocimiento de entes con un solo miembro es tendencia generalizada tanto en la doctrina como en las legislaciones de los últimos tiempos respecto de sociedades tales como la sociedad de responsabilidad limitada y la sociedad por acciones simplificada), principalmente a partir de la recomendación emitida para su reconocimiento por la Directiva de la Comunidad Europea. Por ende, cavilar qué parte de la innovación y competitividad en las organizaciones se manifiesta en el paradigma jurídico de la sociedad unipersonal, es admisible; viene no solo a dar validez a una situación fáctica existente desde antes de su reconocimiento explícito, sino a responder a situaciones llenas de vivencia real como los cambios profundos organizacionales en el modelo productivo, con gran cantidad de casos macroeconómicos exitosos en el último lustro; el desarrollo del mercado de capitales; y la formación de mercados comunes.

---

<sup>1</sup> Profesor-investigador de tiempo completo. Facultad de derecho y Ciencias Sociales, Universidad Autónoma del Estado de Morelos. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, nivel II. E-mail; victor-castrillon721@hotmail.com

**Palabras claves:** Derecho societario, sociedad unipersonal, acciones simplificada.

***Abstract:** Societies with a single partner exist and every single day are more and more. The subjects capable of constituting juridical persons appearing as sole partners, possessing the required capital, proliferate in this new global world; Having been shown that the plurality of individuals required by the law was fulfilled by the use of straw-men. We note, then, that the recognition of entities with a single member is a general tendency both in the doctrine and in the laws of the last times with respect to societies such as the limited liability company and the Joint Stock Company, mainly from the recommendation issued for their recognition by the European Community Directive. Therefore, to ponder what part of the innovation and competitiveness in organizations is manifested in the legal paradigm of the single-person society, is admissible; comes not only to validate a factual situation that existed prior to its explicit recognition, but to respond to situations full of real experience such as profound organizational changes in the productive model, with a large number of successful macroeconomic cases in the last five years; the development of the capital market; and the formation of common markets.*

***Key words:** Corporate law, single-member company, Joint Stock Company.*

## 1. Introducción

Uno de los fenómenos jurídicos más relevantes en el comercio es la unión de personas para el ejercicio de actividades mercantiles mediante la constitución de sociedades, surgiendo así el denominado Derecho de sociedades, siendo una de las parcelas jurídicas más pujantes dentro del Derecho mercantil y este último, a su vez, debe evolucionar a partir de las transformaciones del comercio, de las estructuras económicas y demás exigencias que vayan surgiendo.

En ese sentido, las sociedades mercantiles han alcanzado diversas etapas de desarrollo, dejando atrás formas hoy gastadas y mancilladas, que en nada convienen al presto desarrollo del tráfico jurídico comercial imperante. Surge así, clamada por las necesidades de las nuevas actividades económicas, la sociedad unipersonal como figura societaria de reciente reconocimiento legal, constituyendo un eslabón en la evolución de las formas societarias, en cuanto diseño organizativo de la empresa; tergiversando quizás la concepción tra-

dicional que tenemos de la sociedad mercantil amparada en la idea de una pluralidad de sujetos, para esgrimirse no como la organización de un grupo de personas, sino como técnica jurídica organizacional de la empresa.

## II. Concepto

Sociedad unimembre, de un solo socio, *one man company* en el derecho inglés, *einmenschgesellschaft* del alemán, es el ente jurídico de carácter empresarial, que mediante la separación de un determinado porcentaje de su patrimonio, que se destina a la realización de actividades mercantiles, tiene como finalidad la ejecución de actividades comerciales de manera equivalente a la organización que realizaría la corporación con pluralidad de socios, y puede tener carácter permanente o bien temporal, solamente limitado al tiempo necesario para el restablecimiento del número de socios exigido por la normatividad o para su necesaria liquidación en el caso de que por así establecerlo la ley, no se logre la pluralidad requerida.

Las notas características que deben ser consideradas para establecer la existencia de una sociedad unipersonal, son las siguientes:

- a) La existencia de un solo socio;
- b) Cuando es de carácter permanente, la separación de una determinada cantidad o porcentaje del patrimonio del socio único, que será la que de manera exclusiva se destine a la actividad comercial, de modo que el porcentaje que no se afecte a tal fin, no pertenece a la sociedad como tal, sino al socio en lo individual;
- c) Que para establecer cuál es el capital social o si se quiere la cantidad que se afectará por el socio único a la aventura comercial, será necesario que el mismo se encuentre claramente delimitado, para lo cual suele utilizarse la inscripción que de él se haga en el Registro del Comercio;
- d) Que el régimen legal lo autorice;
- e) La precisión en relación con la responsabilidad limitada o bien ilimitada del socio único por las operaciones sociales, y;
- f) Que puede tener carácter permanente o bien temporal, solamente limitado al tiempo necesario para el restablecimiento del número de socios exigido por la normatividad, o para su necesaria liquidación en el caso de que por así establecerlo la ley no se logre la pluralidad requerida.

Para Ana Piaggi<sup>2</sup> la característica más interesante de las sociedades unipersonales es que constituye un eslabón en la evolución de las formas societarias, en cuanto diseño organizativo de la empresa, y citando a Paillseau señala que no se trata de la organización de un grupo de personas, sino una técnica jurídica de la organización de la empresa. Agrega que a ello se sigue que desde el punto de vista operativo, atiende a una ius-política con dos fases centrales para la actividad económica, a saber:

- La limitación de la responsabilidad derivada de la actividad de la empresa, y;
- La frontera dentro de la cual el ordenamiento pretende circunscribir los poderes de los operadores económicos para desenvolver su actividad empresarial.

Una de las notas características para la existencia de la sociedad unipersonal, es la de su reconocimiento legal (supuesto que no se presenta en el régimen jurídico mexicano).

En tal sentido, no debemos confundir a la sociedad unipersonal, que como se aprecia existe con reconocimiento legal, a partir de la separación que su único socio realice de su propio patrimonio, afectando solamente parte del mismo a la actividad comercial, con las sociedades plurales en las que un socio aparece con la casi totalidad del capital social, y deja una sola acción o parte social al otro socio (que normalmente es sólo testaferros o prestanombres) para el cumplimiento de la exigencia plural.

Dice así García Peña<sup>3</sup> que múltiples ius-mercantilistas han mencionado que es necesario limitar la responsabilidad del comerciante (persona física) argumentando como razones el estímulo del comercio delimitando la responsabilidad de este a lo que el mismo manifieste que será objeto de afectación patrimonial para los fines del negocio a emprender y acabar con la perniciosa práctica de simular sociedades que a final de cuentas resultan unipersonales, pues valiéndose de testaferros o prestanombres se logran constituir en términos formales como una sociedad generalmente anónima, que al final de cuentas resulta unimembre pues es un solo de los aparentes accionistas quien controla la misma, con pérdida de eficacia administrativa y menoscabo de su funcionamiento corporativo en contra de la propia persona moral y de los terceros que con ella se relacionan.

---

<sup>2</sup> Piaggi de Vanossi, Ana Isabel, *Estudios sobre la sociedad unipersonal*, Ed. De Palma, Buenos Aires, Argentina, 1997, pp. 97 y 98

<sup>3</sup> García Peña, José Heriberto, *Derecho empresarial*, Ed. Porrúa, México, 2001, p. 212

Tulio Ascarell<sup>4</sup> estableció de manera clara tal delimitación, al señalar; “la práctica ha utilizado para el ejercicio individual del comercio el instrumento de la persona jurídica con patrimonio separado elaborado por la ley para la sociedad”.

Barrera Graf<sup>5</sup> señala; “a pesar de dicho régimen prohibitivo, las sociedades con un solo socio existen y son cada día más. Lo que pasa es que para tener la necesaria pluralidad exigida por la ley, se acude a presta-nombres o testafierros, que es una forma de representación indirecta en que el representante obra a nombre propio pero por cuenta (oculta) del representado” y agrega “*de lege ferenda*, es recomendable el reconocimiento legal y la reglamentación adecuada de un solo socio”.

La idea del ente como persona moral o colectiva expresa el sentido de pluralidad, es decir, de la unión de varios sujetos que en conjunto, y con una idea claramente definida, forman un ente, una organización social que se integra con el patrimonio que aportan los socios en su conjunto y que además cuenta con órganos sociales (asambleas, administración y vigilancia), por ello es que, si bien, cuando se dio inicio tanto en la legislación como en la doctrina y aún en la jurisprudencia al reconocimiento de las sociedades mercantiles como entes jurídicos susceptibles de tener personalidad jurídica, se rechazó de manera tajante la posibilidad de la existencia de sociedades con un solo socio, no obstante, observamos que el reconocimiento de entes con un solo miembro es tendencia generalizada tanto en la doctrina como en las legislaciones de los últimos tiempos (respecto de sociedades tales como la S. de R. L., y la sociedad por acciones simplificada) sobre todo a partir de la recomendación emitida para su reconocimiento por la Directiva de la Comunidad Europea, a la que nos referiremos más adelante.

Dice así Juan Carlos Malagarriga<sup>6</sup> “la reacción inmediata ante el solo planteamiento del problema, es la que impone, sin duda, la intuición: si la sociedad supone la conjunción de varias personas –dos por lo menos– que, aportando bienes en común, persiguen una finalidad lucrativa, como puede siquiera imaginarse que pueda existir dicho ser jurídico sin que se encuentre presente la pluralidad de socios, que parece su presupuesto necesario”. El reconocimiento de personalidad jurídica de los entes abrió la posibilidad de que

<sup>4</sup> Citado por Castrillón y Luna, Víctor M., *Sociedades mercantiles*, 5ª, ed., Ed. Porrúa, p. 62.

<sup>5</sup> Barrera Graf, Jorge, *Las sociedades en el derecho mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1983, p. 187.

<sup>6</sup> Malagarriga, Juan Carlos, *Sociedades de un solo socio*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1965, p. 16.

el comerciante limitara su responsabilidad por las deudas sociales, ya que se parte del principio que establece que si la sociedad cuenta con un patrimonio propio e independiente del de los socios (recordemos que las aportaciones sociales son transferidas al ente como traslativas de dominio) tales recursos o activos responden de las obligaciones que la sociedad asume ante terceros cuando se coloca en posición de deudora, y que tal patrimonio, en principio deberá ser suficiente para responder de tales obligaciones, lo que no ocurre cuando la sociedad se encuentra integrada por un solo socio, a menos que se establezca con toda precisión la existencia de un patrimonio susceptible de afectación por parte de los acreedores del ente.

Rojas Roldan<sup>7</sup> se refiere a las causas por las que ha proliferado la sociedad unipersonal, y así señala que dadas las ventajas que rodean a las sociedades de capital que tienen como característica la de la responsabilidad de los socios limitada al monto de las aportaciones, en casos diversos se han constituido sociedades de un solo socio real, y otros a los que comúnmente se llama *de paja*, porque simplemente prestan su nombre para alcanzar la exigencia del número de socios establecido en cada caso por la ley.

Dice que se trata de verdaderas sociedades unipersonales que guardan una situación aparente o bien puede ocurrir que habiéndose constituido con el número adecuado de socios durante su vida llegue una sola persona física o moral a acaparar la totalidad de las acciones, quien, para guardar las formas legales, hace aparecer en las escrituras sociales nombres de otras personas con cantidades simbólicas. Internamente guardan apariencia de sociedades pluripersonales y se pregunta si el legislador debe permanecer ciego ante tal realidad. Dice que hechos de particulares condicionan la necesidad de que el legislador se avoque al problema de las sociedades que en rigor operan con un solo socio.

---

<sup>7</sup> Rojas Roldan, Abelardo, *La sociedad mercantil unipersonal*, Ed. Lex, México, 2000, pp. 26 a 29. El autor se refiere a la tolerancia fáctica del sistema normativo al haberse constituido sociedades con un solo socio y sin apariencias, lo que ha ocurrido en nuestro país cuando el dueño del ente ha sido el Estado mismo, que ha constituido sociedades anónimas como instrumentos de su actividad administrativa, y acapara la totalidad de las acciones; y en los casos en los cuales las sociedades son nacionalizadas o incautadas por causa de interés general y aun cuando el ente público es el único accionista, y tales sociedades han operado incluso de manera eficiente. Cita a Garrigues (*Nuevos hechos, nuevo derecho de sociedades anónimas*, 1ª ed. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933, p.60) cuando señala: “La sociedad por acciones, que comenzó su vida bajo la tutela del Estado, organizándose a semejanza de éste, se acerca a la esfera del derecho público, apartándose del tipo mercantilista y capitalista puro, con el que obtuvo su máximo esplendor durante el pasado siglo”.

Ana Piaggi<sup>8</sup> dice por su parte que el progresivo reconocimiento de la sociedad unipersonal está destinado a sustituir cualquier esfuerzo dirigido a dar forma a la empresa individual de responsabilidad limitada, y su régimen se determina por la significación de la sociedad como forma de gestionar o estructurar una empresa y administrar un patrimonio; funciones que, dice, existen aun sin la pluralidad de socios.

Establece como causas que han propiciado la proliferación de la sociedad unipersonal y que aconsejan su reforma para que tenga reconocimiento legal: a) los cambios profundos organizacionales en el modelo productivo con gran cantidad de casos macroeconómicos exitosos en el último lustro; b) la mutación del marco externo de referencia; c) la mundialización; d) el desarrollo del mercado de capitales, y; e) la formación de mercados comunes.

### III. La sociedad unipersonal en los sistemas europeos

La mayor parte de los miembros de la anterior Comunidad Económica Europea, (que dio lugar a la posterior creación de la Unión Europea), estableció el reconocimiento de tales sociedades (sobre todo en el esquema de la S. de R. L.), a partir de la recomendación No. 89/667, del 21 de diciembre de 1989, emitida por la XII Directiva, en cuyo artículo 2.1 se señala: *“La sociedad podrá constar de un socio único en el momento de la constitución así como mediante la concentración de todas sus participaciones en un solo titular”*. Cabe además señalar que la recomendación no establece de manera especial la existencia de un régimen de responsabilidad para el socio único y será equivalente al de los socios de la sociedad pluripersonal.

Aun cuando en el derecho comunitario europeo, la pauta se establece de manera clara en la XII Directiva antes referida, ello se alcanzó por el proceso evolutivo que la comunidad fue experimentando, y por ello, es necesario precisar que la Comunidad europea reguló inicialmente a las sociedades unipersonales en la Directiva del Consejo del 9 de marzo de 1968, al establecerse en el artículo 11, f), que la legislación de los estados miembros no puede establecer la nulidad de la sociedad por el hecho de que contrariamente en las legislaciones nacionales, el número de socios sea inferior a dos. Posteriormente, la Directiva II del Consejo estableció con fecha 13 de diciembre de 1976, la norma relativa a la protección de los intereses de los socios y terceros en la constitución de la S. A., en cuyo artículo 5.1, se señala; *“cuando la legislación*

<sup>8</sup> Piaggi de Vanossi, Ana, *op.cit.*, nota 2, pp. 87 y 88.



nacional exija el concurso de varios socios para la constitución de la sociedad, la reunión de todas las acciones en una sola mano, o la reducción del número de socios por debajo del mínimo legal, después de la constitución, no tendrá como consecuencia la disolución de pleno derecho". En tal supuesto la directiva prevé un plazo a ser concedido por el tribunal para la reconstrucción de la pluralidad.

## 1. La sociedad unipersonal en el continente americano

En Estados Unidos existen tres tipos de sociedades reconocidas, a saber;

- La *partnership* que es una sociedad de personas con responsabilidad ilimitada;
- La *limited partnership*, en la cual concurren socios de responsabilidad limitada con otros de responsabilidad ilimitada, y;
- La *corporation*, que se asemeja a la S. A. como esquema para la gran empresa.

Con relación a los sistemas jurídicos latinoamericanos, la sociedad unimembre no ha encontrado reconocimiento; sin embargo, es menester señalar que algunos países tales como Costa Rica en 1961, Panamá en 1966, El Salvador en 1970, Perú en 1976, Brasil en 1976 y Paraguay en 1983, establecieron limitantes a la responsabilidad del empresario individual.

### 1.1. México

En México, autores como Mantilla Molina<sup>9</sup> consideran que sí es posible suprimir el requisito de la pluralidad de socios, porque una vez roto el modelo contractual, nada impide buscar el carácter jurídico de la sociedad y considera que la constitución de una sociedad puede configurarse como un acto colectivo.

Barrera Graf<sup>10</sup> por su parte, dice que hablar de una sociedad compuesta por un solo miembro parece plantear una contradicción, porque el vocablo sociedad hace necesaria la referencia a pluralidad de personas, y se refiere al señalamiento de Felipe de Solá y Cañizares, cuando dice que tal sociedad es una monstruosidad jurídica; asimismo dice Barrera que tal ente sí existe, funciona y es cada día más frecuente y agrega que lo que ocurre es que la esencia del negocio (la pluralidad de socios) cede ante la realidad económica y sobre todo ante la insuficiencia de los catálogos o tipos ofrecidos por el ordenamiento legal para dar nacimiento a una figura también llamada sociedad

<sup>9</sup> Mantilla Molina, Roberto, *Derecho mercantil*, 29ª, ed., Ed, Porrúa, México, 2002, p. 222.

<sup>10</sup> Barrera Graf, Jorge, *op.cit.*, nota 5, p. 74.

que funciona como esta. Observa, el mismo autor, que podría tratarse sólo de un problema terminológico; que se conserve el término tradicional *sociedad* aunque el derecho aplicable al evolucionar haya superado y hasta negado el concepto original y propio de ese negocio jurídico y mantenga el vocablo para regular la institución jurídica de acuerdo a las reglas y a la técnica de funcionamiento y a la organización que es propia de las sociedades plurimembres.

Tulio Ascarelli<sup>11</sup> por su parte señala: “no es posible negar la realidad del negocio y afirmar que existe una simulación y es necesario reconocer que nos encontramos ante uno de los medios a través de los cuales el derecho se desenvuelve históricamente y se acomoda a las exigencias nuevas de la práctica, adaptando viejas instituciones a funciones nuevas; fenómeno histórico al que me parece atinado dar el nombre de negocio indirecto o con fines indirectos”.

En lo personal creemos que las llamadas sociedades unipersonales van en contra del carácter tradicional de orden contractual, como son concebidas por el legislador, que siguió fielmente la doctrina francesa, y aún en contra de la corriente más vanguardista que les considera como un contrato plurilateral de organización. Por otro lado, hablar de sociedad, significa reconocer necesariamente la existencia de órganos sociales, tales como asamblea, vigilancia y administración, por no hablar de derechos de minorías. La unipersonalidad rompe con tales principios que son estructurales de todo ente, sea de naturaleza civil o mercantil. Además de la problemática que se plantea en relación con los aspectos patrimoniales y su necesaria división respecto de las responsabilidades de los socios.

Por ende, de especial y directa aplicación en el sistema mexicano es la Ley General de Sociedades Mercantiles (LGSM), que, para el caso de las sociedades en ella reconocidas desde su publicación en el año de 1934, de manera implícita prohíbe la existencia de sociedades de un solo socio, porque de ocurrir tal evento deberá procederse a su liquidación. No obstante, como referiremos más adelante, el sistema de derecho empresarial mexicano se ha abierto ya al reconocimiento de la existencia desde su creación misma de las sociedades de una sola persona en el caso de la constitución de sociedades del tipo de la por acciones simplificada.

Dentro del proceso histórico que en el derecho mexicano se ha seguido para el reconocimiento de tales entes, cabe referir que a iniciativa del Senado

---

<sup>11</sup> Ascarelli Tulio, *Cosorci volontari tra imprenditori*, 2ª, ed., Ed. Guiffré, Milan, 1937, p. 290.

de la República, en el año 2006, se elaboró un proyecto de reformas y adiciones a la LGSM con la intención de que, acorde a las tendencias mundiales que hemos apuntado en el presente capítulo, el derecho societario en nuestro país acepte la posibilidad de la existencia de las sociedades unipersonales.

En el proyecto relativo se resaltan los siguientes aspectos:

1. Se propone el establecimiento de la sociedad unipersonal para las especies de la sociedad en nombre colectivo, la de responsabilidad limitada y la anónima, eliminándose las disposiciones relativas a la convocatoria y la celebración de asambleas, al ser sustituidas por la constancia en los libros de actas en que se asienten las decisiones del socio único y se acota la responsabilidad limitada de los comerciantes.

Sin embargo, es de hacerse notar que el proyecto solamente autorizaba la permanencia en cuanto a la existencia jurídica de los entes señalados, para el caso de que si por alguna circunstancia la totalidad de las acciones o partes sociales quedaran concentradas en manos de una sola persona, la sociedad mercantil pudiese continuar con existencia jurídica, mas no así la autorización de nuevos entes que se constituyeran con un solo socio.

2. En la exposición de motivos del proyecto se señala que las reformas persiguen como objetivo de la atracción de inversiones para acelerar el crecimiento de nuestra economía, modificando para ello los aspectos antes señalados del marco societario, y siguiendo las prácticas mundiales, y en base a la experiencia de otros países, para alcanzar un cambio en la entidad de la actividad empresarial como detonante del crecimiento económico y el fomento a la competitividad;

3. Se destaca que el marco jurídico vigente desde 1934 ha propiciado que ante la falta de reconocimiento de la sociedad unipersonal, se recurra con frecuencia a testafierros por la necesidad de desglosar el patrimonio mercantil del personal;

4. Finalmente se señala que es de justicia autorizar que cualquier persona pueda desarrollar su actividad empresarial deslindando su propio patrimonio y robusteciendo el de la sociedad, acotando además la responsabilidad ilimitada de los comerciantes.

Posteriormente, en el dictamen del proyecto que realizaron las comisiones unidas de comercio y fomento industrial y de estudios legislativos, se concluye en que la reforma propuesta atiende a establecer una figura jurídica

coherente con la realidad económica del país que apoyará y promoverá el espíritu emprendedor individual con la consecuente creación de empleos, la competitividad y el desarrollo económico. Finalmente debemos señalar que aun y cuando el proyecto de reformas se concluyó el 20 de febrero de 2007, hasta la fecha no ha sido promulgado decreto alguno que en el sentido apuntado modifique a la LGSM, por lo que hasta la fecha la sociedad unipersonal continúa sin tener reconocimiento en nuestro país.

Asimismo, aunque el intento por otorgar reconocimiento legal a las sociedades de un solo miembro respecto de las tradicionalmente reconocidas en el sistema mexicano no ha prosperado aún, con la incorporación a la Ley General de Sociedades Mercantiles de la sociedad por acciones simplificada, que se realizó mediante publicación del Diario Oficial de la Federación del 14 de marzo de 2016, se da lugar al reconocimiento de la creación de entes jurídicos, cuyas características principalmente son:

- Que se puede constituir con una o varias personas físicas, en la que la responsabilidad ante terceros por las operaciones sociales se limita al monto de lo aportado, quedando excluido el patrimonio personal del socio único;
- Que su constitución se realiza sin la participación de fedatario público, y se completa en un solo día a través del sistema electrónico de la Secretaría de Economía en un formato pre llenado, que asimismo se inscribe, como las restantes sociedades mercantiles reconocidas por la ley en el Registro Público del Comercio;
- Que no requiere de la constitución de fondo de reserva alguno;
- Que la obligación de los socios es limitada, siempre que los ingresos totales anuales de tal ente no rebasen los 5 millones de pesos, ya que en tal supuesto deberá transformarse en otro régimen societario contemplado en esta Ley, y si no lo realizan, responderán frente a terceros, subsidiaria, solidaria e ilimitadamente.

Dicho monto se actualizará anualmente el primero de enero de cada año, considerando el factor de actualización correspondiente al periodo comprendido desde el mes de diciembre del penúltimo año hasta el mes de diciembre inmediato anterior a aquel por el que se efectúa la actualización, misma que se obtendrá de conformidad con el artículo 17-A del Código Fiscal de la Federación, y para el caso de que los accionistas no lleven a cabo la transformación de la sociedad responderán frente a ter-

ceros, subsidiaria, solidaria e ilimitadamente, sin perjuicio de cualquier otra responsabilidad en que hubieren incurrido.

Destaca el hecho de que salvo pacto en contrario, para la solución de controversias que surjan entre los accionistas, así como de éstos con terceros deberán privilegiarse los mecanismos alternativos previstos en el Código de Comercio para sustanciarlas.

Por la trascendencia que tiene para el derecho corporativo mexicano el reconocimiento que por primera vez se realiza para la constitución de sociedades de una sola persona en el tipo de la por acciones simplificada, a continuación se transcriben los preceptos de la Ley general de Sociedades Mercantiles, que con motivo de la publicación en el Diario Oficial de la Federación, les da reconocimiento a partir del 14 de marzo de 2016:

**Artículo 260.-** La sociedad por acciones simplificada es aquella que se constituye con una o más personas físicas que solamente están obligadas al pago de sus aportaciones representadas en acciones. En ningún caso las personas físicas podrán ser simultáneamente accionistas de otro tipo de sociedad mercantil a que se refieren las fracciones I a VII, del artículo 1o. de esta Ley, si su participación en dichas sociedades mercantiles les permite tener el control de la sociedad o de su administración, en términos del artículo 2, fracción III de la Ley del Mercado de Valores.

Los ingresos totales anuales de una sociedad por acciones simplificada no podrán rebasar de 5 millones de pesos. En caso de rebasar el monto respectivo, la sociedad por acciones simplificada deberá transformarse en otro régimen societario contemplado en esta Ley, en los términos en que se establezca en las reglas señaladas en el artículo 263 de la misma. El monto establecido en este párrafo se actualizará anualmente el primero de enero de cada año, considerando el factor de actualización correspondiente al periodo comprendido desde el mes de diciembre del penúltimo año hasta el mes de diciembre inmediato anterior a aquel por el que se efectúa la actualización, misma que se obtendrá de conformidad con el artículo 17-A del Código Fiscal de la Federación. La Secretaría de Economía publicará el factor de actualización en el Diario Oficial de la Federación durante el mes de diciembre de cada año.

En caso que los accionistas no lleven a cabo la transformación de la sociedad a que se refiere el párrafo anterior responderán frente a terceros, subsidiaria, solidaria e ilimitadamente, sin perjuicio de cualquier otra responsabilidad en que hubieren incurrido.

**Artículo 261.-** La denominación se formará libremente, pero distinta de la de cualquier otra sociedad y siempre seguida de las palabras “Sociedad por Acciones Simplificada” o de su abreviatura “S.A.S.”.

**Artículo 262.-** Para proceder a la constitución de una sociedad por acciones simplificada únicamente se requerirá:

I. Que haya uno o más accionistas;

II. Que el o los accionistas externen su consentimiento para constituir una sociedad por acciones simplificada bajo los estatutos sociales que la Secretaría de Economía ponga a disposición mediante el sistema electrónico de constitución;

III. Que alguno de los accionistas cuente con la autorización para el uso de denominación emitida por la Secretaría de Economía, y

IV. Que todos los accionistas cuenten con certificado de firma electrónica avanzada vigente reconocido en las reglas generales que emita la Secretaría de Economía conforme a lo dispuesto en el artículo 263 de esta Ley.

En ningún caso se exigirá el requisito de escritura pública, póliza o cualquier otra formalidad adicional, para la constitución de la sociedad por acciones simplificada.

**Artículo 263.-** Para efectos de lo dispuesto en el artículo 262 de esta Ley, el sistema electrónico de constitución estará a cargo de la Secretaría de Economía y se llevará por medios digitales mediante el programa informático establecido para tal efecto, cuyo funcionamiento y operación se regirá por las reglas generales que para tal efecto emita la propia Secretaría.

El procedimiento de constitución se llevará a cabo de acuerdo con las siguientes bases:

I. Se abrirá un folio por cada constitución;

II. El o los accionistas seleccionarán las cláusulas de los estatutos sociales que ponga a disposición la Secretaría de Economía a través del sistema;

III. Se generará un contrato social de la constitución de la sociedad por acciones simplificada firmado electrónicamente por todos los accionistas, usando el certificado de firma electrónica vigente a que se refiere la fracción IV del artículo 262 de esta Ley, que se entregará de manera digital;

IV. La Secretaría de Economía verificará que el contrato social de la constitución de la sociedad cumpla con lo dispuesto en el artículo 264 de esta

Ley, y de ser procedente lo enviará electrónicamente para su inscripción en el Registro Público de Comercio;

**V.** El sistema generará de manera digital la boleta de inscripción de la sociedad por acciones simplificada en el Registro Público de Comercio;

**VI.** La utilización de fedatarios públicos es optativa;

**VII.** La existencia de la sociedad por acciones simplificada se probará con el contrato social de la constitución de la sociedad y la boleta de inscripción en el Registro Público de Comercio;

**VIII.** Los accionistas que soliciten la constitución de una sociedad por acciones simplificada serán responsables de la existencia y veracidad de la información proporcionada en el sistema. De lo contrario responden por los daños y perjuicios que se pudieran originar, sin perjuicio de las sanciones administrativas o penales a que hubiere lugar, y

**IX.** Las demás que se establezcan en las reglas del sistema electrónico de constitución.

**Artículo 264.-** Los estatutos sociales a que se refiere el artículo anterior únicamente deberán contener los siguientes requisitos:

**I.** Denominación;

**II.** Nombre de los accionistas;

**III.** Domicilio de los accionistas;

**IV.** Registro Federal de Contribuyentes de los accionistas;

**V.** Correo electrónico de cada uno de los accionistas;

**VI.** Domicilio de la sociedad;

**VII.** Duración de la sociedad;

**VIII.** La forma y términos en que los accionistas se obliguen a suscribir y pagar sus acciones;

**IX.** El número, valor nominal y naturaleza de las acciones en que se divide el capital social;

**X.** El número de votos que tendrá cada uno de los accionistas en virtud de sus acciones;

**XI.** El objeto de la sociedad, y

**XII.** La forma de administración de la sociedad.

El o los accionistas serán subsidiariamente o solidariamente responsables, según corresponda, con la sociedad, por la comisión de conductas sancionadas como delitos.

Los contratos celebrados entre el accionista único y la sociedad deberán inscribirse por la sociedad en el sistema electrónico establecido por la Secretaría de Economía conforme a lo dispuesto en el artículo 50 Bis del Código de Comercio.

**Artículo 265.-** Todas las acciones señaladas en la fracción IX del artículo 264 deberán pagarse dentro del término de un año contado desde la fecha en que la sociedad quede inscrita en el Registro Público de Comercio.

Cuando se haya suscrito y pagado la totalidad del capital social, la sociedad deberá publicar un aviso en el sistema electrónico establecido por la Secretaría de Economía en términos de lo dispuesto en el artículo 50 Bis del Código de Comercio.

**Artículo 266.-** La Asamblea de Accionistas es el órgano supremo de la sociedad por acciones simplificada y está integrada por todos los accionistas.

Las resoluciones de la Asamblea de Accionistas se tomarán por mayoría de votos y podrá acordarse que las reuniones se celebren de manera presencial o por medios electrónicos si se establece un sistema de información en términos de lo dispuesto en el artículo 89 del Código de Comercio. En todo caso deberá llevarse un libro de registro de resoluciones.

Cuando la sociedad por acciones simplificada esté integrada por un solo accionista, éste será el órgano supremo de la sociedad.

**Artículo 267.-** La representación de la sociedad por acciones simplificada estará a cargo de un administrador, función que desempeñará un accionista.

Cuando la sociedad por acciones simplificada esté integrada por un solo accionista, éste ejercerá las atribuciones de representación y tendrá el cargo de administrador.

Se entiende que el administrador, por su sola designación, podrá celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos en el objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad.

**Artículo 268.-** La toma de decisiones de la Asamblea de Accionistas se regirá únicamente conforme a las siguientes reglas:

- I. Todo accionista tendrá derecho a participar en las decisiones de la sociedad;



- II. Los accionistas tendrán voz y voto, las acciones serán de igual valor y conferirán los mismos derechos;
- III. Cualquier accionista podrá someter asuntos a consideración de la Asamblea, para que sean incluidos en el orden del día, siempre y cuando lo solicite al administrador por escrito o por medios electrónicos, si se acuerda un sistema de información de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 89 del Código de Comercio;
- IV. El administrador enviará a todos los accionistas el asunto sujeto a votación por escrito o por cualquier medio electrónico si se acuerda un sistema de información de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 89 del Código de Comercio, señalando la fecha para emitir el voto respectivo;
- V. Los accionistas manifestarán su voto sobre los asuntos por escrito o por medios electrónicos si se acuerda un sistema de información de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 89 del Código de Comercio, ya sea de manera presencial o fuera de asamblea.

La Asamblea de Accionistas será convocada por el administrador de la sociedad, mediante la publicación de un aviso en el sistema electrónico establecido por la Secretaría de Economía con una antelación mínima de cinco días hábiles. En la convocatoria se insertará el orden del día con los asuntos que se someterán a consideración de la Asamblea, así como los documentos que correspondan.

Si el administrador se rehúsa a hacer la convocatoria, o no lo hiciere dentro del término de quince días siguientes a la recepción de la solicitud de algún accionista, la convocatoria podrá ser hecha por la autoridad judicial del domicilio de la sociedad, a solicitud de cualquier accionista.

Agotado el procedimiento establecido en el presente artículo las resoluciones de la Asamblea de Accionistas se consideran válidas y serán obligatorias para todos los accionistas si la votación se emitió por la mayoría de los mismos, salvo que se ejercite el derecho de oposición previsto en esta Ley.

**Artículo 269.-** Las modificaciones a los estatutos sociales se decidirán por mayoría de votos.

En cualquier momento los accionistas podrán acordar formas de organización y administración distintas a la contemplada en este Capítulo; siempre y cuando los accionistas celebren ante fedatario público la transformación de la sociedad por acciones simplificada a cualquier otro tipo de sociedad mercantil, conforme a las disposiciones de esta Ley.

**Artículo 270.-** Salvo pacto en contrario, deberán privilegiarse los mecanismos alternativos de solución de controversias previstos en el Código de Comercio para sustanciar controversias que surjan entre los accionistas, así como de éstos con terceros.

**Artículo 271.-** Salvo pacto en contrario, las utilidades se distribuirán en proporción a las acciones de cada accionista.

**Artículo 272.-** El administrador publicará en el sistema electrónico de la Secretaría de Economía, el informe anual sobre la situación financiera de la sociedad conforme a las reglas que emita la Secretaría de Economía de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 263 de esta Ley.

La falta de presentación de la situación financiera durante dos ejercicios consecutivos dará lugar a la disolución de la sociedad, sin perjuicio de las responsabilidades en que incurran los accionistas de manera individual. Para efectos de lo dispuesto en este párrafo, la Secretaría de Economía emitirá la declaratoria de incumplimiento correspondiente conforme al procedimiento establecido en las reglas mencionadas en el párrafo anterior.

**Artículo 273.-** En lo que no contradiga el presente Capítulo son aplicables a la sociedad por acciones simplificada las disposiciones que en esta Ley regulan a la sociedad anónima así como lo relativo a la fusión, la transformación, escisión, disolución y liquidación de sociedades.

Para los casos de la sociedad por acciones simplificada que se integre por un solo accionista, todas las disposiciones que hacen referencia a “accionistas”, se entenderán aplicables respecto del accionista único. Asimismo, aquellas disposiciones que hagan referencia a “contrato social”, se entenderán referidas al “acto constitutivo”.

## II. Conclusiones

Después de la disertación precedente, podemos aseverar que en la nueva economía global, sin hesitación alguna, la innovación y competitividad en las organizaciones se manifiesta en el paradigma jurídico de la sociedad unipersonal; hoy en día, referirnos a una sociedad compuesta de un solo miembro no plantea más una *contradictio in terminis* respecto de la concepción clásica de sociedad, revestida por la idea de una agrupación.

Este tipo societario es cada día más frecuente en la práctica comercial societaria de los distintos países; pues esta cede ante las demandantes realidades económicas. Es, en síntesis, la sociedad unipersonal el mecanismo que da

respuesta al proceso de institucionalización, desarrollo y modernización de la empresa en este marco social tan heterogéneo cobijado por el manto de la globalización.

Como observamos en el texto del presente ensayo en México se autoriza ya la constitución de sociedades de una sola persona en el tipo de la por acciones simplificada; sin embargo debe referir que si bien tal autorización está en consonancia con las tendencias mundiales, creemos que la proliferación que ocurrirá para la constitución de este tipo social hace necesario y diríamos urgente, que el legislador busque la forma de establecer equilibrios y más aun frenos a la posible afectación que los socios unipersonales pudiesen llegar a provocar en el patrimonio de terceros cuando realicen actos contrarios al derecho, en fraude a la ley, de mala fe, o bien faltando a la confianza y a la seguridad jurídica, y tal salvaguarda solo se puede entender si se realizan reformas y adiciones a la norma societaria, en las que se estructure el sistema relativo a la desestimación de la personalidad jurídica para el efecto de que si tal abuso se realiza, el socio deba responder ante los terceros afectados incluso con su patrimonio personal, ya que en tal escenario la limitación de responsabilidad no protegería al socio abusivo o fraudulento.

**REFERENCIAS****Bibliográficas**

ASCARRELLI, T. (1937). *ConSORZI voluniari tra imprenditori* (2 ed.). Milán: Giuffré, 1937.

BARRERA GRAF, J. (1983). *Las Sociedades en el Derecho mexicano*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas., México, 1983.

BARRERA GRAF, J. (2000). *Instituciones de Derecho Mercantil*. México: Porrúa, México, 2000.

BOLDO RODA, C. (2000). *Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho Privado español* (3 ed.). Madrid: Aranzadi, 1963.

CASTRILLÓN Y LUNA, VÍCTOR M., *Sociedades mercantiles*, 5ª, ed., Ed. Porrúa, México, 2014.

CERVANTES AHUMADA, R. (2002). *Derecho Mercantil*. México: Porrúa., 2000.

GARCÍA PEÑA, J. (2011). *Derecho Empresarial*. México: Porrúa. México, 2001

MALAGARRIGA, J. (1965). *Sociedad de un socio*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1965.

MANTILLA MOLINA, R. (2002). *Derecho Mercantil* (29 ed.). México: Porrúa, 1967.

PIAGGI DE VANOSI, A. (1997). *Estudios sobre la Sociedad Unipersonal* . Buenos Aires: De Palma.

ROJAS ROLDÁN, ABELARDO, . (1969). *La sociedad mercantil unipersonal*. México, 2000.

# Los contratos de adhesión financieros y las cláusulas en materia financiera

Xavier Ginebra Serrabou<sup>12</sup>

**Resumen:** Se ha documentado la práctica abusiva de muchas instituciones financieras en perjuicio de los usuarios. Prueba de ello son las constantes demandas ante la Comisión Nacional para la Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (Condusef). El legislador parece haberse percatado de ello, especialmente en los contratos de adhesión que celebran los usuarios de servicios financieros. El problema es que las medidas que establece son realmente poco útiles, pues son exclusivamente formales, sin atender mucho al espíritu de una posible cláusula abusiva y al funcionamiento de las relaciones financieras. La finalidad del artículo es revisar las obligaciones que establece la Ley a las instituciones financieras cuando celebran contratos financieros y examinar si son realmente eficaces y suficientes. La conclusión parece ser negativa.

**Palabras clave:** Instituciones financieras, contratos de adhesión, cláusulas abusivas, usuarios, servicios financieros.

*Abstract: The abusive practice of many financial institutions has been documented to the detriment of users, through constant actions to the National Commission for the Defense of Users of Financial Services. The legislator seem to realize this, especially in the contracts of adhesion with users of financial services. The problem is that*

---

<sup>12</sup> Máster y Doctor en Derecho de la competencia, profesor investigador de la Universidad Autónoma de Estado de Morelos y socio del área de competencia, protección de datos y consumidores del despacho Jalife & Caballero. Miembro I del Sistema Nacional de Investigadores. Correo electrónico: xgs9@hotmail.com

*the measures settled down are really not very useful, there are exclusively formal, without to pay attention to the spirit of a possible abusive clause and to the financial services operation. To review the obligations established by the Law to the financial institutions when concluding financial contracts and examining whether they are really effective and sufficient is the purpose of this article. The conclusion seem to be negative.*

**Key words:** *Financial institutions, contracts of adhesion, abusive clauses, users, financial services.*

## **I. Introducción**

En una revisión de 10 mil contratos emprendida por la Condusef, agregó Di Costanzo Armenta<sup>13</sup>, se detectó que “muchas instituciones insisten en mantenerlas” y derivado de esa actitud se procedió al inicio de 185 sanciones que van de 500 a 2 mil días de salario mínimo, es decir de entre 35 mil a 135 mil pesos y que en conjunto podrán llegar a cerca de 26 millones de pesos.

De acuerdo con los resultados de la revisión, que próximamente abarcará también a unos 8 mil contratos del sector de seguros, se pudo observar que el 57 por ciento de las cláusulas abusivas operan en el sector bancario, con 45 entidades. De ese número el 80 por ciento se concentra en cuatro bancos: Banorte, con 30 por ciento, Banamex, con 21 por ciento; Inbursa, con 17 por ciento y BBVA Bancomer, con 12 por ciento.

“El producto con mayor número de cláusulas abusivas es el crédito hipotecario, con 25 equivalentes a 24 por ciento del total identificadas. Le sigue el crédito de nómina con 24 (23 por ciento) y el depósito a la vista, con 22 (21 por ciento del total). Eso nos preocupa, porque en el caso del crédito hipotecario, es contrario a la política de vivienda del gobierno federal”, dijo Di Costanzo Armenta.<sup>14</sup>

Entidades bancarias, de préstamo y ahorro popular, entre otras, mantienen cláusulas abusivas en sus contratos en contra de los usuarios de servicios, y hay incluso casos donde a pesar de que la autoridad les sugirió retirarlas o modificarlas, insisten en aplicarlas.

<sup>13</sup> <http://www.jornada.unam.mx/2015/06/19/economia/027n1eco> (consultada el 1 de marzo de 2017).

<sup>14</sup> Ídem.

El presidente de la Comisión Nacional para la Defensa y Protección de los Usuarios de Servicios Financieros (Condusef), Mario di Costanzo Armenta, presentó el micrositio “Conoce y Denuncia las Cláusulas Abusivas” donde los usuarios podrán denunciar a las entidades financieras que pretendan aprovecharse de su clientela.

El funcionario recordó que a partir del pasado 4 de marzo los contratos de adhesión, por ley, “no deberán contener cláusulas abusivas”. Previo al vencimiento de ese plazo, comentó, se enviaron 2 mil 642 oficios a las instituciones financieras, de los cuales sólo 848 respondieron negando la existencia de ese tipo de cláusula; que las modificaron o eliminaron o que no utilizan contratos de adhesión.

Entre las cuestiones más problemáticas del Derecho privado actual se halla, sin duda, la situación de desprotección del público en general frente a las grandes empresas derivada de la manifiesta desproporción entre el poder de éstas y del individuo. Tal situación se plantea de manera más acuciante con motivo de la celebración de contratos que, en general, podemos considerar como de consumo en cuanto que la prestación desproporcionada por la parte contractual predominante (empresario o profesional) se orienta, en esencia, a satisfacer necesidades estrictamente personales ajenas a todo supuesto de tráfico empresarial. Como respuesta a dicha realidad comienza a articularse el movimiento de defensa de los consumidores que ha conseguido situar el interés del consumidor en el más amplio terreno del interés público de la colectividad cuya protección y tutela competen al Estado<sup>1</sup>.

## II. Marco jurídico de los contratos de Adhesión

Es lógico imaginar que la redacción clausular de un contrato de adhesión elaborado por los proveedores comerciales y por las entidades financieras y comerciales no incurre de manera directa en las previsiones prohibidas en la ley para calificar de abusiva una cláusula. Más bien, los proveedores y las entidades financieras y comerciales intentan dar la apariencia de equilibrio y equidad en las condiciones contractuales. Sin embargo, es frecuente que tales modelos de contratos de adhesión no resistan un análisis jurídico a fondo<sup>2</sup>.

El artículo 85 de la Ley Federal de Protección al Consumidor (en adelante LFPC) define a esta clase de contratos como:

<sup>1</sup> Cfr. ANDREU MARTÍ, María del Mar, *La protección del cliente bancario*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 23

<sup>2</sup> Cfr. GUADARRAMA LÓPEZ, Enrique, *Contratos de adhesión y cláusulas abusivas, ámbitos de consumo comercial y financiero*, Porrúa y UNAM, México, 2014, p. 5.

Para los efectos de esta ley, se entiende por contrato de adhesión el documento elaborado unilateralmente por el proveedor, para establecer en formatos uniformes los términos y condiciones aplicables a la adquisición de un producto o la prestación de un servicio, aun cuando dicho documento no contenga todas las cláusulas ordinarias de un contrato. Todo contrato de adhesión celebrado en territorio nacional, para su validez, deberá estar escrito en idioma español y sus caracteres tendrán que ser legibles a simple vista y en un tamaño y tipo de letra uniforme. Además, no podrá implicar prestaciones desproporcionadas a cargo de los consumidores, obligaciones inequitativas o abusivas, o cualquier otra cláusula o texto que viole las disposiciones de esta ley.

El artículo establece que la Secretaría de Economía, mediante normas oficiales mexicanas podrá sujetar contratos de adhesión a registro previo ante la Procuraduría cuando impliquen o puedan implicar prestaciones desproporcionadas a cargo de los consumidores, obligaciones inequitativas o abusivas, o altas probabilidades de incumplimiento. Las normas podrán referirse a cualesquiera términos y condiciones, excepto precio. Los contratos de adhesión sujetos a registro deberán contener una cláusula en la que se determine que la Procuraduría será competente en la vía administrativa para resolver cualquier controversia que se suscite sobre la interpretación o cumplimiento de los mismos. Asimismo, deberán señalar el número de registro otorgado por la Procuraduría.

Otra protección a los “adheridos” al contrato de adhesión lo constituye el artículo 86 BIS:

En los contratos de adhesión de prestación de servicios deben incluirse por escrito o por vía electrónica los servicios adicionales, especiales, o conexos, que pueda solicitar el consumidor de forma opcional por conducto y medio del servicio básico. El proveedor sólo podrá prestar un servicio adicional o conexo no previsto en el contrato original si cuenta con el consentimiento expreso del consumidor, ya sea por escrito o por vía electrónica.

Por otro lado, en su artículo 86 TER se establece que en los contratos de adhesión de prestación de servicios, el consumidor gozará de las siguientes prerrogativas:

- I. Adquirir o no la prestación de servicios adicionales, especiales o conexos al servicio básico;
- II. Contratar la prestación de los servicios adicionales, especiales o conexos con el proveedor que elija;
- III. Dar por terminada la prestación de los servicios adicionales, especiales o conexos al servicio básico en el momento que lo manifieste de manera expresa al proveedor, sin que ello implique que proceda la suspensión o la cancelación de la prestación del servicio básico. El consumidor sólo podrá hacer uso de esta prerrogativa si se encontrare al corriente en el cumplimiento de todas sus obligaciones contractuales y se hubiese vencido el plazo mínimo pactado; y
- IV. Las demás prerrogativas que señalen ésta y otras leyes o reglamentos. El consumidor gozará de las anteriores prerrogativas aun cuando no hubieren sido incluidas de manera expresa en el clausulado del contrato de adhesión de que se trate.



Siguiendo el principio de protección a la parte más débil, el artículo 86 QUATER señala que cualquier diferencia entre el texto del contrato de adhesión registrado ante la Procuraduría Federal del Consumidor y el utilizado en perjuicio de los consumidores, se tendrá por no puesta.

En su art. 87, la LFPC dice que:

En caso de que los contratos de adhesión requieran de registro previo ante la Procuraduría, los proveedores deberán presentarlos ante la misma antes de su utilización y ésta se limitará a verificar que los modelos se ajusten a lo que disponga la norma correspondiente y a las disposiciones de esta ley, y emitirá su resolución dentro de los treinta días siguientes a la fecha de presentación de la solicitud de registro. Transcurrido dicho plazo sin haberse emitido la resolución correspondiente, los modelos se entenderán aprobados y será obligación de la Procuraduría registrarlos, quedando en su caso como prueba de inscripción la solicitud de registro. Para la modificación de las obligaciones o condiciones de los contratos que requieran de registro previo será indispensable solicitar la modificación del registro ante la Procuraduría, la cual se tramitará en los términos antes señalados.

Los contratos que deban registrarse conforme a la LFPC, las normas oficiales mexicanas y demás disposiciones aplicables, y no se registren, así como aquéllos cuyo registro sea negado por la Procuraduría, no producirán efectos contra el consumidor.

La Procuraduría podrá publicar en el Diario Oficial de la Federación, el modelo de aquellos contratos que deban ser registrados de conformidad con el artículo 86 de esta ley, a fin de que los proveedores puedan utilizarlos. En tales casos, el proveedor únicamente dará aviso a la Procuraduría sobre la adopción del modelo de contrato para efectos de registro (artículo 87).

Cuando el proveedor haya dado aviso a la Procuraduría para adoptar un contrato conforme al modelo publicado, no podrá modificarlo ni incluir otras cláusulas o excepciones a su aplicación, sin haber cumplido con lo dispuesto en el artículo 87 TER. En caso de no hacerlo, dichas modificaciones, adiciones o excepciones se tendrán por no puestas.

Cuando el contrato de adhesión de un proveedor contenga variaciones respecto del modelo de contrato publicado por la Procuraduría a que se refiere el artículo anterior, el proveedor deberá solicitar su registro en los términos del procedimiento previsto en el artículo 87, de acuerdo al art. 87 TER, como una forma de evitar los abusos contra los consumidores.

Una función que permite la LFPC es que los interesados podrán inscribir voluntariamente sus modelos de contrato de adhesión aunque no requieran registro previo, siempre y cuando la Procuraduría estime que sus efectos no lesionan el interés de los consumidores y que su texto se apega a lo dispuesto por esta ley.

En la tramitación del registro de modelos de contratos de adhesión, la Profeco podrá requerir al proveedor la aportación de información de carácter comercial necesaria para conocer la naturaleza del acto objeto del contrato, siempre y cuando no se trate de información confidencial o sea parte de secretos industriales o comerciales (artículo 89).

Congruente con su filosofía tuitiva de los consumidores, el art. 90 señala que no serán válidas y se tendrán por no puestas las siguientes cláusulas de los contratos de adhesión ni se inscribirán en el registro cuando:

- I. Permitan al proveedor modificar unilateralmente el contenido del contrato, o sustraerse unilateralmente de sus obligaciones;
- II. Liberen al proveedor de su responsabilidad civil, excepto cuando el consumidor incumpla el contrato;
- III. Trasladen al consumidor o a un tercero que no sea parte del contrato la responsabilidad civil del proveedor;
- IV. Prevengan términos de prescripción inferiores a los legales;
- V. Prescriban el cumplimiento de ciertas formalidades para la procedencia de las acciones que se promuevan contra el proveedor; y
- VI. Obliguen al consumidor a renunciar a la protección de esta ley o lo sometan a la competencia de tribunales extranjeros.

La “lista negra” de cláusulas abusivas es muy pequeña y poco útil si la comparamos con los códigos de defensa de los consumidores de otros países latinoamericanos, como Brasil, Perú, Argentina y del viejo continente, España.

Por último, en su art. 90 BIS se establece que:

Cuando con posterioridad a su registro se aprecie que un contrato contiene cláusulas que sean contrarias a esta ley o a las normas oficiales mexicanas, la Procuraduría, de oficio o a petición de cualquier persona interesada, procederá a la cancelación del registro correspondiente. En tales casos, la Procuraduría procederá conforme al procedimiento establecido en el artículo 123 de esta ley.

Para la jurisprudencia<sup>3</sup> es contrato de adhesión el siguiente, además de establecer cuando puede considerarse abusiva una cláusula:

**CONTRATO DE ADHESIÓN. ANÁLISIS DE SUS CLÁUSULAS CONFORME A SU NATURALEZA PARA PREVENIR ABUSOS.**

El contrato de adhesión contiene cláusulas esenciales establecidas previa y unilateralmente por un proveedor de bienes o servicios sin que la contraparte consumidora tenga oportunidad de discutir su contenido. Indiscutiblemente es un contrato aun cuando no conten-

<sup>3</sup> Tesis: I.7o C.154 C, registro 163383, emitida por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XXXII, Diciembre de 2010, p. 1748.

ga todas las cláusulas ordinarias de uno tradicional. Consta en formatos uniformes en los términos y condiciones para la adquisición de productos o servicios. Entre sus elementos destacan que: la oferta se hace a una colectividad; el convenio es obra exclusiva de una de las partes; la reglamentación del contrato es compleja; la situación del oferente es preponderante; la oferta no puede ser discutida; y, el contrato oculto es regularmente un servicio privado de utilidad pública. Por sus características las cláusulas que puede contener están sujetas a los requisitos que la ley impone para la protección del consumidor; por ejemplo, contra prestaciones desproporcionadas, abusivas o violatorias de la ley que lo regula. Así, constituye un microsistema en el que no priva de la misma manera la autonomía de la voluntad que rige en los contratos en que las partes pueden pactar bilateralmente las cláusulas. En ese contexto, para analizar su validez o nulidad debe atenderse, en primer lugar, a su naturaleza. Por lo tanto, es un error la declaración respectiva con base en las normas que regulan los contratos en general, cuando éstas son incompatibles con las características propias del contrato de adhesión. Además, en segundo lugar, su interpretación debe ser conforme a los principios protectores como el *favor libertatis* (en caso de duda, una cláusula debe interpretarse contra quien han estipulado algo y en liberación de quien ese ha obligado), el *favor debilis* (protector de la parte débil, deudor o acreedor) y aquellos que sean favorables al consumidor.

Como pudimos observar, la mayor parte de las cláusulas que pudieran considerarse abusivas en un contrato de adhesión en la LFPC establece protecciones formales, no derechos realmente ejercitables, como sucede en la materia financiera.

### III. Los contratos de adhesión en las leyes financieras:

El número de usuarios de servicios financieros es muy importante, pues abarca a más de la mitad del país, que ya de acuerdo con el censo de 2000 llegaba a poco más de 97 millones de habitantes (ahora cerca de 115 millones), de ahí la conclusión de que es muy importante el haber establecido un sistema de protección y defensa de consumidores y usuarios<sup>4</sup>.

Es curioso que en otros países más avanzados en su legislación, como España, no posean un sistema completo de protección de los consumidores y usuarios por parte del Banco de España, aunque sí hay un *ombudsman* de dichas personas<sup>5</sup>.

La definición de contrato de adhesión de la Ley de Ordenamiento y Transparencia de Servicios Financieros (LOTSF) define al contrato de adhesión como:

Contrato de Adhesión: al documento elaborado unilateralmente por las Entidades para establecer en formatos uniformes los términos y condiciones aplicables a la celebración de las operaciones que lleven a cabo con sus Clien-

<sup>4</sup> Cfr. ACOSTA ROMERO, Miguel, ALMAZÁN ANALIZ, José Antonio, PÉREZ MARTÍNEZ, Adriana, *Derecho de la defensa de los usuarios de servicios financieros*, Porrúa, México, 2002, p. 4.

<sup>5</sup> Cfr. ZUNZUNEGUI, Fernando, *Lecciones de derecho bancario y bursátil*, Colex, Madrid, 2001, p. 72

tes. Tratándose de Entidades Financieras, se considerarán las operaciones pasivas, activas o de servicio, y tratándose de Entidades Comerciales, se considerarán las operaciones de crédito.

Hay que tomar en cuenta diferentes premisas. La primera hace referencia a la heterogeneidad de los denominados contratos bancarios (o financieros), que hace siempre difícil una clasificación y caracterización de los mismos. La segunda es relativa a la necesidad de considerar que los contratos bancarios son una categoría en vías de continua expansión, que se ve favorecida por la falta de concreción legal. En consecuencia, al lado de los contratos típicamente bancarios encontramos otras operaciones o contratos, también estipulados por las entidades de crédito con particulares, que nos plantean en un primer momento dudas sobre su bancariedad (pensemos en los contratos de crédito con garantía prendaria de las casas de empeño). Para dar una calificación a dichas actividades, se acuñó el concepto de parabancariedad, con la finalidad de denominar las actividades no típicamente bancarias desarrolladas por las entidades de crédito<sup>6</sup>.

El artículo 11 especifica que:

Los Contratos de Adhesión que utilicen las Entidades Financieras para documentar operaciones masivas deberán cumplir con los requisitos que mediante disposiciones de carácter general establezca la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros. Las disposiciones señalarán los tipos específicos de Contratos de Adhesión a los que les serán aplicables las mismas y lo que debe entenderse por operaciones masivas en términos de este artículo.

Los Contratos de Adhesión que empleen las Entidades Comerciales deberán cumplir con los requisitos que mediante disposiciones de carácter general establezca la Procuraduría Federal del Consumidor. Otra vez una protección formal.

Las disposiciones mencionadas en los párrafos anteriores deberán considerar los aspectos siguientes:

I. Los sanos usos y prácticas bancarias y comerciales, según corresponda, relacionadas con la operación o servicio;

II. La utilización de formatos que faciliten la lectura y comprensión del contenido obligatorio de los contratos;

III. La utilización de una carátula para los contratos de adhesión que se definan en las disposiciones citadas para que faciliten su lectura, comprensión, y comparación, deberán contener entre otros aspectos, lo siguiente:

a) Los elementos esenciales de la operación que permitan al Cliente comparar los servicios del mismo tipo ofrecido por diversas Entidades;

b) Las advertencias en materia de tasas y Comisiones que representen penalidades para

<sup>6</sup> Cfr. ORDUÑA MORENO, Francisco Javier, director, *Contratación y servicio financiero*, Caja Cantabria y Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 52.

el Cliente y los supuestos en los que serían aplicables; c) Campos claros que permitan distinguir términos y condiciones tales como las Comisiones y Tasas de Interés, el CAT y el monto total a pagar en el caso de créditos, préstamos o financiamientos,

d) Las demás que contribuyan a transparentar y facilitar su lectura, la comprensión y comparación.

III. Las bases para dejar claramente establecidas las características, términos y condiciones del servicio;

IV. Los procedimientos de notificación y bases para la aceptación por parte de los Clientes de las modificaciones a los Contratos de Adhesión mediante las cuales tengan contratados operaciones o servicios;

V. El procedimiento a seguirse para la cancelación del servicio;

VI. Los conceptos de cobro y sus montos

VII. El espacio donde deba firmar el aval, fiador u obligado solidario, en todo contrato de adhesión que documente un crédito, préstamo o financiamiento, incorporando una advertencia respecto de las consecuencias de firmar el contrato, en caso de que el obligado principal incumpla por cualquier causa, y

VIII. La Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros podrá requerir la inclusión de leyendas explicativas.

Asimismo, las referidas Procuraduría Federal del Consumidor y Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, en el ámbito de sus competencias, podrán ordenar que se modifiquen los modelos de Contratos de Adhesión a fin de adecuarlos a las leyes y otras disposiciones aplicables y, en su caso, suspender su uso respecto de nuevas operaciones hasta en tanto sean modificados. Todo Contrato de Adhesión celebrado en territorio nacional, para su validez, deberá estar escrito en idioma español y deberá contener la firma o huella digital del Cliente o su consentimiento expreso por los medios electrónicos que al efecto se hayan pactado.

Los modelos de Contratos de Adhesión deberán contener las Comisiones que la Entidad cobre. Se prohíbe que dichas entidades carguen o cobren Comisiones que no estén previstas en los Contratos de Adhesión o se modifiquen en contravención a esta Ley. Toda modificación a las Comisiones, cuando resulte aplicable, deberá registrarse en términos del artículo 6 de esta Ley.

La enumeración de estos requisitos no pueden ser en la práctica verificables por el consumidor pues solo le muestran la parte donde tiene que firmar, además de que son demasiados aspectos que debe tener en cuenta, por lo que es muy factible que no se dé cuenta de la validez del clausulado del contrato.

En la única disposición que establece un auténtico derecho de acceso a la justicia, por demás insuficiente, el artículo 11 Bis estatuye:

Los Clientes contarán con un período de gracia de diez días hábiles posteriores a la firma de un contrato de adhesión que documenten operaciones masivas establecidas por las LEY PARA LA TRANSPARENCIA Y ORDENAMIENTO DE LOS SERVICIOS FINANCIEROS disposiciones de carácter general a que se refiere el artículo 11 de la presente Ley, con excepción de los créditos con garantía hipotecaria, para cancelarlo, en cuyo caso, las Entidades

no podrán cobrar Comisión alguna, regresando las cosas al estado en el que se encontraban antes de su firma, sin responsabilidad alguna para el Cliente. Lo anterior, siempre y cuando el Cliente no haya utilizado u operado los productos o servicios financieros contratados.

En cambio, en el artículo 15 Bis de la referida Ley solo hay obligación de la institución de crédito de cumplir con lo que formalmente señala dicha disposición:

Tratándose de operaciones pasivas que realicen las instituciones de crédito y las entidades de ahorro y crédito popular a las que les sea aplicable la GAT de acuerdo con las disposiciones a las que se refiere el artículo 8 de esta Ley, la publicidad y los Contratos de Adhesión deberán contener dicha GAT, cuando así lo establezcan las disposiciones de carácter general a que se refieren los artículos 11 y 12 de esta Ley. La información a que se refiere este artículo deberá resaltarse en caracteres distintivos de manera clara, notoria e indubitable.

En la parte de créditos, el artículo 18 Bis dice que:

Tratándose de créditos, préstamos o financiamientos revolventes asociados a una tarjeta y créditos personales de liquidez sin garantía real masivamente celebrados, las Entidades documentarán por escrito las referidas operaciones en los formularios que contengan las solicitudes que utilicen para contratar con sus Clientes, en los términos siguientes:

I. En los citados formularios conste que fue hecho del conocimiento del Cliente el contenido del respectivo clausulado.

II. En los respectivos formularios se señalen los datos de inscripción del Contrato de Adhesión en el registro a que se refiere el quinto párrafo del artículo 11 de la Ley. Tanto para la contratación como en caso de alguna controversia respecto de créditos, préstamos o financiamientos revolventes asociados a una tarjeta, se entenderá que el contrato de adhesión válido en la operación de que se trate, es el registrado ante la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros.

III. Se envíe el respectivo Contrato de Adhesión y su carátula adjunto con el Medio de Disposición o de identificación, tratándose de aperturas de crédito en cuenta corriente o créditos personales de liquidez sin garantía real, o se mantengan a disposición de sus Clientes modelos de contratos relativos a las operaciones en sus oficinas, sucursales e Internet, cuando así se pacte con dichos Clientes

Las Entidades sólo podrán emitir y entregar tarjetas asociadas a nuevos créditos, previa solicitud del Cliente en términos del presente artículo. Igual restricción resultará aplicable a los créditos personales de liquidez sin garantía real, por lo que no podrán mantener líneas de crédito ejercibles salvo que medie solicitud expresa del Cliente. Lo dispuesto en este artículo no será aplicable a la renovación de créditos mediante la entrega de nuevos medios de disposición.

Cabe de más observar que es una obligación de forma, no de fondo, la que debe cumplir la institución financiera.

El artículo 23 dice que:

En todas las operaciones y servicios que las Entidades Financieras celebren por medio de Contratos de Adhesión masivamente celebradas y hasta por los montos máximos que establezca la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros en disposiciones de carácter general, aquéllas deberán proporcionarle a sus Clientes

la asistencia, acceso y facilidades necesarias para atender las aclaraciones relacionadas con dichas operaciones y servicios.

Al efecto, sin perjuicio de los demás procedimientos y requisitos que impongan otras autoridades financieras facultadas para ello en relación con operaciones materia de su ámbito de competencia, en todo caso se estará a lo siguiente:

I. Cuando el Cliente no esté de acuerdo con alguno de los movimientos que aparezcan en el estado de cuenta respectivo o en los medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología que se hubieren pactado, podrá presentar una solicitud de aclaración dentro del plazo de noventa días naturales contados a partir de la fecha de corte o, en su caso, de la realización de la operación o del servicio. La solicitud respectiva podrá presentarse ante la sucursal en la que radica la cuenta, o bien, en la unidad especializada de la institución de que se trate, mediante escrito, correo electrónico o cualquier otro medio por el que se pueda comprobar fehacientemente su recepción. En todos los casos, la institución estará obligada a acusar recibo de dicha solicitud. Tratándose de cantidades a cargo del Cliente dispuestas mediante cualquier mecanismo determinado al efecto por la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de los Servicios Financieros en disposiciones de carácter general, el Cliente tendrá el derecho de no realizar el pago cuya aclaración solicita, así como el de cualquier otra cantidad relacionada con dicho pago, hasta en tanto se resuelva la aclaración conforme al procedimiento a que se refiere este artículo;

II. Una vez recibida la solicitud de aclaración, la institución tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco días para entregar al Cliente el dictamen correspondiente, anexando copia simple del documento o evidencia considerada para la emisión de dicho dictamen, con base en la información que, conforme a las disposiciones aplicables, deba obrar en su poder, así como un informe detallado en el que se respondan todos los hechos contenidos en la solicitud presentada por el Cliente. En el caso de reclamaciones relativas a operaciones realizadas en el extranjero, el plazo previsto en este párrafo será hasta de ciento ochenta días naturales.

El dictamen e informe antes referidos deberán formularse por escrito y suscribirse por personal de la institución facultado para ello. En el evento de que, conforme al dictamen que emita la institución, resulte procedente el cobro del monto respectivo, el Cliente deberá hacer el pago de la cantidad a su cargo, incluyendo los intereses ordinarios conforme a lo pactado, sin que proceda el cobro de intereses moratorios y otros accesorios generados por la suspensión del pago realizada en términos de esta disposición;

III. Dentro del plazo de cuarenta y cinco días naturales contado a partir de la entrega del dictamen a que se refiere la fracción anterior, la institución estará obligada a poner a disposición del Cliente en la sucursal en la que radica la cuenta, o bien, en la unidad especializada de la institución de que se trate, el expediente generado con motivo de la solicitud, así como a integrar en éste, bajo su más estricta responsabilidad, toda la documentación e información que, conforme a las disposiciones aplicables, deba obrar en su poder y que se relacione directamente con la solicitud de aclaración que corresponda y sin incluir datos correspondientes a operaciones relacionadas con terceras personas;

IV. En caso de que la institución no diere respuesta oportuna a la solicitud del Cliente o no le entregare el dictamen e informe detallado, así como la documentación o evidencia antes referidos, la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de los Servicios Financieros, impondrá multa en los términos previstos en la fracción XI del artículo 43 de esta Ley por un monto equivalente al reclamado por el Cliente en términos de este artículo, y

V. Hasta en tanto la solicitud de aclaración de que se trate no quede resuelta de conformidad con el procedimiento señalado en este artículo, la institución no podrá reportar como vencidas las cantidades sujetas a dicha aclaración a las sociedades de información crediticia.

Lo antes dispuesto es sin perjuicio del derecho de los Clientes de acudir ante la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros o ante la autoridad jurisdiccional correspondiente conforme a las disposiciones legales aplicables, así como de las sanciones que deban imponerse a la institución por incumplimiento a lo establecido en el presente artículo. Sin embargo, el procedimiento previsto en este artículo quedará sin efectos a partir de que el Cliente presente su demanda ante autoridad jurisdiccional o conduzca su reclamación en términos y plazos de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros.

El proceso que establece favorece más a las instituciones financieras que a los usuarios, además de ser un proceso engorroso en el cual los usuarios no reciben asesoría de parte de la Condusef.

#### **IV. Sanciones por incumplimiento a la normativa de contratos financieros de adhesión**

Las sanciones en contra de las instituciones financieras que violen las normas de protección de los usuarios en los contratos de adhesión establecen:

Artículo 42. La Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros sancionará con multa de dos mil a cinco mil días de salario, a las Entidades Financieras:

...

III. Empleen modelos de Contratos de Adhesión que incumplan lo previsto en el artículo 11 de esta Ley o en las disposiciones de carácter general que expida la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, que regulen Contratos de Adhesión, o utilicen con los Clientes cualquier Contrato de Adhesión que no haya sido remitido a dicha Comisión Nacional en términos de lo previsto en el mismo artículo 11 de la presente Ley

VI. Se abstengan de enviar a la propia Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros los modelos de Contratos de Adhesión, en contravención al artículo 11 del presente Ordenamiento;

...

**Otras multas están estipuladas en el artículo 43:**

La Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros sancionará con multa de cuatro mil a veinte mil días de salario, a las Entidades Financieras que:

...

II. No modifiquen los Contratos de Adhesión conforme a lo ordenado por la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, en términos del artículo 11 de esta Ley.



III. No acaten la orden de la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros de suspender el uso de los Contratos de Adhesión, respecto de nuevas operaciones, de acuerdo con el artículo 11 de la presente Ley.

## **V. Cobren Comisiones distintas a las pactadas en los Contratos de Adhesión**

...

Por su parte, señala el art. 44:

La Procuraduría Federal del Consumidor sancionará con multa de doscientos a dos mil días de salario, a las Entidades Comerciales que infrinjan cualquier disposición de esta Ley cuya conducta no competa sancionar a otra de las Autoridades y que no correspondan a las conductas infractoras señaladas en el párrafo siguiente, así como cuando infrinjan las disposiciones de carácter general que la propia Procuraduría expida en términos de esta Ley. Asimismo, la Procuraduría Federal del Consumidor sancionará, en el ámbito de su competencia, con multa de:

I. Dos mil a cinco mil días de salario, a las Entidades Comerciales que

b) No expresen en términos anuales las tasas de interés ordinarias y moratorias, conforme al artículo 9 de la presente Ley.

c) Empleen modelos de Contratos de Adhesión que incumplan lo previsto en el artículo 11 de esta Ley o en las disposiciones de carácter general que expida la Procuraduría Federal del Consumidor, que regulen Contratos de Adhesión.

Cuatro mil a veinte mil días de salario, a las Entidades Comerciales que:

a) Realicen cargos adicionales a sus Clientes por la terminación de los contratos que tengan celebrados, en contravención a lo señalado en el segundo párrafo del artículo 7 de esta Ley.

b) No modifiquen los Contratos de Adhesión conforme a lo ordenado por la Procuraduría Federal del Consumidor, en términos del artículo 11 de esta Ley.

c) No acaten la orden de la Procuraduría Federal del Consumidor de suspender el uso de los Contratos de Adhesión, respecto de nuevas operaciones, de acuerdo con el artículo 11 de la presente Ley.

No hace falta señalar que para una entidad que maneja muchos activos financieros, estas multas no son lo suficientemente disuasivas como para presionar a las entidades de crédito a cumplirlas; otra debilidad de la Ley en perjuicio de los usuarios.

## **VI. Disposiciones de carácter general en materia de transparencia aplicables a las instituciones de crédito y sociedades financieras de objeto múltiple, entidades reguladas**

En las disposiciones que ha emitido la Condusef se define la Cláusula Abusiva: A las que se refieren las disposiciones de carácter general emitidas por CONDUSEF;

Para el artículo 3 se consideran operaciones masivas y, por tanto, serán las únicas sujetas a lo previsto en este Capítulo, las que se realizan mediante los siguientes tipos de Contratos de Adhesión que documenten operaciones que no excedan de novecientas mil UDI, al momento de celebrar el contrato:

- I. Las aperturas de créditos en cuenta corriente, denominadas en moneda nacional, otorgadas a personas físicas o morales vinculadas o no a tarjetas de crédito o a cualquier otro Medio de Disposición que permita ejercer el crédito;
- II. Las líneas de crédito que se otorguen de manera sucesiva o en serie y utilicen alguna tarjeta plástica u otro Medio de Disposición como medio de identificación de los Usuarios, o bien, para la disposición de los recursos;
- III. Los créditos garantizados a la vivienda;
- IV. Las aperturas de Créditos al Consumo;
- V. El arrendamiento financiero con opción terminal de compra;
- VI. Los depósitos de dinero a la vista, tanto de personas físicas como morales con o sin chequera, con o sin tarjeta de débito;
- VII. Las operaciones pasivas distintas a las previstas en la fracción anterior, a las cuales les es aplicable la GAT nominal y real;
- VIII. El crédito de habilitación o avío;
- IX. El crédito refaccionario;
- X. El crédito simple a personas morales; XI. Las operaciones de factoraje financiero, y
- XII. Las operaciones de banca electrónica. Las operaciones documentadas en Contratos de Adhesión a que se refieren las fracciones I, II, IV, VI, y VII cuyo monto reclamado no exceda de cincuenta mil UDI, se deben sujetar al procedimiento de aclaraciones, establecido en el artículo 23 de la Ley para la Transparencia

Los Contratos de Adhesión deben reunir los siguientes requisitos de forma (art. 4):

- I. Estar redactados en idioma español y en tipografía de al menos 8 puntos;
- II. Dividirse en capítulos, apartados o incisos que faciliten su lectura y comprensión, y
- III. Cuando se incorporen referencias a otros documentos, incluirán una explicación del texto referenciado. En caso de referencias a preceptos legales, las Instituciones Financieras deben incluir en el RECA un anexo con la transcripción de las disposiciones legales e indicar en el mismo contrato el lugar en donde se podrá consultar, lo anterior con independencia de que tal anexo deberá estar a disposición del Usuario en las sucursales de la Institución Financiera.

Además, los Contratos de Adhesión deben contener (artículo 5):

- I. La descripción detallada de la operación o servicio, características, términos, condiciones, así como los derechos y obligaciones que adquieren cada una de las partes y la mención de los Medios de Disposición vinculados a la operación o servicio contratado. Las Instituciones Financieras podrán documentar, en un Contrato Múltiple, dos o más productos o servicios financieros siempre que se separen claramente los elementos esenciales de cada producto o servicio;
- II. La fecha de corte tratándose de créditos en cuenta corriente, y las fechas para el cálculo de intereses en los demás productos o servicios financieros, o el lugar en el cual podrán ser consultadas por el Usuario;
- III. La denominación social y domicilio de la Institución Financiera contratante, así como su dirección en Internet;
- IV. El nombre completo del Usuario;
- V. Las Comisiones y tasas de interés, de acuerdo con lo siguiente:
  - a. El concepto y el monto o método usado para el cálculo de cada una de las Comisiones que cobrarán a los Usuarios, así como cada uno de los eventos que las generen, especificando su periodicidad. El monto específico de las Comisiones podrán incluirse en la carátula prevista en el artículo 6 de las presentes Disposiciones;
  - b. En caso de realizar operaciones a través de comisionistas bancarios, incluir la leyenda: Las operaciones realizadas a través de los comisionistas bancarios podrán generar una Comisión, consulte antes de realizar su operación;
  - c. Las tasas de interés, de rendimiento o descuento expresadas en términos anuales simples, incluyendo las tasas de interés ordinaria y moratoria. Tratándose de tasas variables se deberán expresar en los términos que determine el Banco de México. En su caso, las tasas de interés, de rendimiento o descuento específicas podrán incluirse en la carátula prevista en el artículo 6 de estas Disposiciones, y d. La metodología usada para el cálculo de intereses ordinarios y moratorios
- VI. La vigencia, modificaciones y terminación:
  - a. El plazo de vigencia del Contrato de Adhesión, cuando resulte aplicable, especificando si puede o no ser prorrogable y, en su caso, el plazo de las prórrogas, indicando los requisitos para solicitarlas;
  - b. Las condiciones y procedimientos para la modificación del Contrato de Adhesión, en el entendido de que cualquier modificación a las Comisiones se sujetará a lo dispuesto por el artículo 7 de la Ley para la Transparencia;
  - c. La descripción de los requisitos y procedimientos para la terminación de las operaciones, debiendo observarse lo dispuesto por la Sección VI del presente Capítulo;
  - d. El número correspondiente de inscripción en el RECA, y
  - e. La posibilidad de que el Usuario, en un periodo de diez días hábiles posteriores a la firma de un Contrato de Adhesión, con excepción de los créditos con garantía hipotecaria, lo cancele sin responsabilidad para el mismo, en cuyo caso, las Instituciones Financieras no podrán cobrar Comisión alguna, siempre y cuando el Usuario no haya utilizado u operado los productos o servicios financieros contratados o dispuesto del crédito otorgado, conforme a lo dispuesto en el artículo 11 Bis 1 de la Ley para la Transparencia.
- VII. Los servicios de atención al Usuario:

- a. La periodicidad y medios a través de los cuales las Instituciones Financieras proporcionarán o pondrán a disposición de los Usuarios el estado de cuenta respectivo, cuando sea aplicable;
- b. Los requisitos para realizar consultas de saldos, transacciones y movimientos, en los lugares y a través de los medios pactados;
- c. La descripción del proceso y los medios para la presentación de aclaraciones y reclamaciones, incluido el establecido en el artículo 23 de la Ley para la Transparencia, cuando sea aplicable;
- d. La facultad del Usuario para solicitar, en cualquier momento, la cancelación del servicio del pago de bienes y servicios con cargo a sus cuentas, de conformidad con las disposiciones del Banco de México, sin que se requiera de la previa autorización de los respectivos proveedores de bienes o servicios;
- e. El momento a partir del cual cesa la responsabilidad del Usuario por el uso de Medios de Disposición, en caso de terminación del contrato, defunción, robo, o extravío;
- f. Los datos de localización y contacto de la UNE, incluidos número telefónico y correo electrónico, para efectos de consultas, reclamaciones y aclaraciones;
- g. El lugar a través del cual los Usuarios podrán consultar las cuentas que las Internet y correo electrónico. La CONDUSEF notificará a las Instituciones Financieras cualquier cambio en dichos datos. Los Contratos de Adhesión de Operaciones de Bajo Riesgo clasificadas como de nivel 1 deben contener lo establecido en el presente artículo, excepto las fracciones I, segundo párrafo; IV y VII, letra e. Los Contratos Múltiples deben contener al inicio, un índice de todos los productos o servicios que incluyen. Las Instituciones Financieras se abstendrán de incluir Cláusulas Abusivas en los Contratos de Adhesión, en términos de las disposiciones aplicables que para el efecto la CONDUSEF emita.

En donde la norma se “moja” un poco para establecer cláusulas abusivas específicas, pero como prácticas poco sanas es en el artículo 47:

Se consideran actividades que se apartan de las sanas prácticas y usos relativos al ofrecimiento y comercialización de las operaciones y servicios financieros por parte de las Instituciones Financieras:

- I. Sujetar las promociones de operaciones y servicios financieros que se ofrezcan por cualquier medio a requisitos no previstos en las ofertas, salvo que se incluya la frase “aplican restricciones o consultar en...(página de Internet de la Institución Financiera)”; Si la Institución Financiera no cumple, el Usuario podrá optar por exigir la celebración de la operación, la prestación del servicio en los términos ofrecidos, o por solicitar la terminación del contrato de la que derive;
- II. Proporcionar al Usuario información engañosa o que induzca a error sobre las operaciones y servicios financieros.
- III. Omitir información de la oferta vinculante;
- IV. Introducir en las operaciones y servicios financieros, condiciones que no concuerden con las ofertadas o contratadas;
- V. Abstenerse de entregar a los Usuarios que lo soliciten, la información o documentos necesarios para conocer las características de una operación o servicio, previamente a su contratación;
- VI. Negar a los Usuarios la atención o contratación de operaciones o servicios financieros, por razones de género, raza, etnia, discapacidad física, preferencias sexuales, creencias

religiosas, o por cualquier otro tipo de discriminación, salvo por causas que afecten la seguridad del personal de las Instituciones Financieras, clientes o instalaciones, o bien, cuando la negativa de que se trate se funde en disposiciones expresamente previstas en la normativa aplicable;

- VII. Apartarse en la apertura o cancelación de cuentas, o en la prestación de sus servicios, de lo previsto en los contratos y en los manuales de operación correspondientes;
- VIII. Negar la posibilidad de cancelar por teléfono las tarjetas de crédito o débito por robo, extravío o clonación, así como no canalizar, por la vía antes señalada, al Usuario ante la compañía de seguros que corresponda para la cancelación inmediata de los seguros, que la Institución Financiera le hubiere comercializado;
- IX. Eludir su responsabilidad en la contratación de los productos o servicios en los términos, características y condiciones publicitados, que se ofrezcan o comercialicen en sus sucursales, oficinas o a través de sus centros de Atención Telefónica o de terceros contratados;
- X. Incluir en el documento donde consten obligaciones de las Instituciones Financieras, la liberación de responsabilidades a cargo de ellas, cuando el incumplimiento de dichas obligaciones sea por causas imputables a las mismas;
- XI. Retrasar el trámite para la terminación del contrato sin causa justificada;
- XII. Omitir la entrega o poner a disposición de los Usuarios los términos y condiciones de los servicios o seguros asociados al producto o servicio financiero contratado, incluyendo de manera enunciativa mas no limitativa condiciones generales, pólizas y procedimientos para presentar reclamaciones en caso de siniestro o de su cancelación;
- XIII. Realizar prácticas que inhiban los pagos anticipados o adelantados, de acuerdo a los términos establecidos en el contrato;
- XIV. Utilizar información que engañe o confunda al cliente en el proceso de venta de productos de seguros y/o de asistencia, así como utilizar argumentos que sin serlo, aludan ser beneficios o premios derivados de productos o servicios contratados con la Institución Financiera; De igual manera no indicar, en su caso, el medio, monto y frecuencia con que se realizará el cobro del producto de seguro o asistencia, el número de póliza, vigencia y renovación;
- XV. No contar con avisos donde informen a los Usuarios los horarios en los que podrán realizar diversos tipos de operaciones, o
- XVI. Contactar a sus Usuarios para actualización de datos como pretexto para la comercialización de productos o servicios.

Es la jurisprudencia la que ha definido a las cláusulas abusivas:

#### **CONTRATO DE ADHESIÓN. CLÁUSULAS ABUSIVAS.**

Dada la naturaleza de los contratos de adhesión el estudio sobre la validez o nulidad de sus cláusulas en sede judicial debe tener presente que la falta de participación de quien adquiere un bien o servicio, no debe significarle la suscripción o aceptación de cláusulas abusivas que menoscaben sus derechos básicos como consumidor, consistentes en: el derecho a la información, a elegir, a no ser discriminado, a ser protegido, a la educación sobre los derechos de los consumidores y el consumo inteligente, a la seguridad, a la calidad y a la compensación. De modo que si por virtud de esas cláusulas

las establecidas unilateralmente, pese a las exigencias legales y derivadas de la buena fe, se causa un detrimento en esos derechos que origine un desequilibrio importante entre las partes para hacer efectivos sus derechos, entonces, debe declararse su nulidad, con las consecuencias que de ello se deriven y que sean competencia de la autoridad judicial. Tesis I.7º.C.155 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época.

El art. 12 establece que las Instituciones Financieras, en los Contratos de Adhesión que documenten operaciones de crédito, préstamo o financiamiento, además de lo previsto en la Sección I, del presente Capítulo, deben observar lo siguiente:

- I. El nombre del avalista, obligado solidario, o coacreditado, en su caso;
- II. En operaciones en las que se contemple una tasa de referencia, deben indicarse las tasas sustitutivas y el orden de aplicación, según las disposiciones que al efecto emita el Banco de México;
- III. En su caso, la forma para determinar los pagos mínimos y los periodos en los que no se generarán intereses, de acuerdo a las disposiciones de carácter general que al efecto emita el Banco de México;
- IV. La periodicidad y fecha límite de pago o el lugar en el cual podrá consultarse; Cuando la fecha límite de pago sea en un día inhábil debe aclararse que se recorrerá al siguiente día hábil, sin que proceda el cobro de Comisiones o intereses moratorios;
- V. Los casos en que puede aumentarse el límite de financiamiento en créditos en cuenta corriente asociados a tarjetas de crédito, estableciendo la obligación de que el Usuario lo autorice previamente;
- VI. En caso de que se determine disminuir la línea de crédito no comprometida otorgada en créditos revolventes, deben notificar al Usuario en el siguiente estado de cuenta o a través de cualquiera de los medios pactados en el Contrato de Adhesión;
- VII. Los términos y condiciones para pagos anticipados y adelantados, según las disposiciones que al efecto emita el Banco de México;
- VIII. Los medios de pago permitidos, según las disposiciones que al efecto emita el Banco de México;
- IX. Tratándose de créditos a los que el Banco de México determine que les es aplicable el artículo 10 de la Ley para la Transparencia, la indicación de que el pago de los intereses no puede ser exigido por adelantado, sino únicamente por periodos vencidos, y
- X. Cuando sea aplicable el CAT, se debe incluir la siguiente definición: "CAT: El Costo Anual Total de financiamiento expresado en términos porcentuales anuales que, para fines informativos y de comparación, incorpora la totalidad de los costos y gastos inherentes a los Créditos Las Instituciones Financieras, al momento de celebrar el Contrato de Adhesión, deben entregar, cuando resulte aplicable conforme a las disposiciones que emita el Banco de México, la tabla de amortización que incluya el saldo insoluto del principal, el número, periodicidad y cuantía de los pagos, así como las primas de los seguros, desglosando cada uno de los conceptos aplicables, salvo cuando se trate de créditos en cuenta corriente. El contenido de las tablas de amortización que emitan debe cumplir con lo que establezca en sus disposiciones el Banco de México.

Reiteramos lo ya señalado en el presente artículo: muchas obligaciones de contenido de forma, mas no de fondo a la institución financiera, mas no al usuario.

El artículo 13 dice que en los Contratos de Adhesión que establezcan líneas de crédito o créditos revolventes, en los que se otorgue una línea de crédito general y posteriormente las disposiciones del crédito sean a plazo fijo, se deberá señalar el CAT de la contratación de la línea con base en la metodología revolvente y después en cada una de las disposiciones que se realicen, informando de los términos y CAT específicos, calculado como un crédito a plazo fijo cerrado. Lo anterior, según las disposiciones que al efecto emita el Banco de México.

Por su parte, en el artículo 14, tratándose de apertura de créditos en cuenta corriente denominados en moneda nacional, otorgados a personas físicas, asociados a tarjetas de crédito, así como de créditos personales sin garantía real, las Instituciones Financieras pueden documentar la contratación de las operaciones en las propias solicitudes de crédito, siempre que en éstas:

- I. Conste que el Contrato de Adhesión fue hecho del conocimiento del Usuario, y
- II. Se señalen los datos de inscripción del Contrato de Adhesión en el RECA. Las Instituciones Financieras deben enviar al domicilio el Contrato de Adhesión y su carátula adjunto con el Medio de Disposición o de identificación, tratándose de aperturas de crédito en cuenta corriente o personales sin garantía real, o se mantengan a disposición de sus clientes modelos de contratos relativos a las operaciones en sus oficinas, sucursales e internet, cuando así se pacte con dichos clientes. Las Instituciones Financieras tienen prohibido otorgar créditos y cobrar Comisiones que no hayan sido registradas en términos de las disposiciones generales que emita el Banco de México y consentidas por el Usuario.

El art. 15 indica que las Instituciones Financieras, en los Contratos de Adhesión de Créditos Garantizados a la Vivienda, además de lo dispuesto en las Secciones I y III, del presente Capítulo, deben incluir cláusulas relativas a:

- I. El monto o capital del préstamo, crédito o financiamiento y, forma de entrega;
- II. La cuantía de los seguros inherentes a la operación durante la vigencia del crédito;
- III. La forma en que se amortizará el adeudo, señalando, en su caso, el número, periodicidad y cuantía de los pagos, y
- IV. Hacer referencia a la subrogación de acreedor o deudor, siempre y cuando se cumpla con los requisitos establecidos por la Ley de Transparencia y de Fomento a la Competencia en el Crédito Garantizado.

Por otro lado, el artículo 16 establece:

Las Instituciones Financieras deben poner a disposición del Usuario que lo solicite, para su consulta, un ejemplar del Contrato de Adhesión con anterioridad a la celebración del mismo. En los créditos en que el Contrato de Adhesión se eleve a escritura pública, la carátula debe integrarse al respectivo instrumento público como apéndice.

El artículo 17 refiere que para modificar los Contratos de Adhesión, las Instituciones Financieras deben dar aviso a los Usuarios, con treinta días naturales de anticipación, a través del estado de cuenta o de cualquier medio cierto pactado en dichos contratos. En el caso de que exista más de un producto o servicio ofertado en conjunto en beneficio del Usuario relacionado entre sí, deben notificar de todos los cambios que sufran los productos o servicios pertenecientes al mismo. Tratándose de modificaciones a los Contratos de Adhesión relativos a Créditos Garantizados a la Vivienda y créditos con plazo fijo de vencimiento, las Instituciones Financieras deben contar con el consentimiento expreso del Usuario y formalizarlas conforme a las disposiciones legales aplicables.

Los avisos de modificaciones al Contrato de Adhesión, deben indicar, por lo menos:

- I. Denominación social y logotipo de las Instituciones Financieras;
- II. Nombre del producto o servicio;
- III. Domicilio y teléfono de contacto de las Instituciones Financieras, así como domicilio, teléfono y correo electrónico de la UNE;
- IV. Resumen de todas las modificaciones realizadas; V. Fecha a partir de la cual entran en vigor, y
- V. Derecho del Usuario para dar por terminado el Contrato de Adhesión. El Usuario puede solicitar la terminación del Contrato de Adhesión dentro de los treinta días posteriores al aviso sin responsabilidad alguna a su cargo, y bajo las condiciones pactadas originalmente, debiendo cubrir, en su caso, los adeudos que se generen hasta el término de la operación o el servicio, sin que la Institución Financiera pueda cobrarle penalización alguna por dicha causa.

El artículo 18 complementa al anterior:

En adición a lo establecido en el primer párrafo del artículo 17 de las presentes Disposiciones, tratándose de modificaciones a Contratos de Adhesión que utilicen como Medio de Disposición una tarjeta de débito o una de crédito, las Instituciones Financieras podrán notificar a sus Usuarios a través de su red de cajeros automáticos. Para el caso de banca móvil, las Instituciones Financieras deberán enviar al Usuario vía mensajes de texto SMS o al correo electrónico señalado por éste, el aviso mediante el cual se notifique de la modificación al Contrato de Adhesión.

El artículo 19 indica que:

Para cualquier modificación a las Comisiones, las Instituciones Financieras, además de sujetarse a lo previsto en el artículo 7 de la Ley para la Transparencia, deben observar lo siguiente: I. No pueden cobrar cantidad adicional, en caso de que el Usuario solicite la terminación del Contrato de Adhesión, con excepción de los adeudos que ya se hubieren generado a la fecha en que el Usuario solicite darlo por terminado, y II. Tratándose de Contratos de Adhesión que documenten créditos con plazo fijo de vencimiento, así como de créditos garantizados a la vivienda, no se pueden establecer nuevas Comisiones, incremen-



tar su monto, ni modificar las tasas de interés salvo en el caso de reestructuración previo consentimiento expreso del Usuario.

Por otra parte, el artículo 20 señala que:

Los Usuarios pueden solicitar por escrito, en cualquier sucursal u oficina de las Instituciones Financieras, a través de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, previamente pactados por las partes, la terminación anticipada de los Contratos de Adhesión, así mismo las Instituciones Financieras podrán utilizar un mecanismo de verificación de identidad. Las Instituciones Financieras deben proporcionar al Usuario acuse de recibo y, clave de confirmación o número de folio, así como cerciorarse de la autenticidad y veracidad de la identidad del Usuario que formule la solicitud de terminación respectiva, confirmando sus datos personalmente, por vía telefónica, o cualquier otro medio pactado.

Una vez realizado lo anterior, las Instituciones Financieras deben:

I. Cancelar los Medios de Disposición vinculados al Contrato de Adhesión en la fecha de presentación de la solicitud. El Usuario deberá hacer entrega de éstos o manifestar por escrito y bajo protesta de decir verdad, que fueron destruidos o que no cuenta con ellos, por lo que no podrá hacer disposición alguna de dichos medios a partir de esa fecha;

II. Rechazar cualquier disposición que pretenda efectuarse con posterioridad a la cancelación de los Medios de Disposición. En consecuencia, no se podrán hacer cargos adicionales a partir del momento en que se realice la cancelación, excepto los ya generados pero no reflejados;

III. Cancelar, sin su responsabilidad, el cobro de algún producto o servicio asociado, así como de los servicios de domiciliación en la fecha de la solicitud de terminación, con independencia de quién conserve la autorización de los cargos correspondientes;

IV. Abstenerse de condicionar la terminación del Contrato de Adhesión a cualquier otro acto no previsto en el contrato respectivo;

VI. Abstenerse de cobrar al Usuario Comisión o penalización por la terminación del contrato, excepto por aquellas Comisiones pactadas relativas al pago anticipado de créditos, y

VII. Tratándose de la contratación de un producto o servicio adicional y necesariamente vinculado al principal, es decir, que no pueda subsistir sin éste, en el momento en que se dé por terminado el contrato principal, deberán también darse por terminados los productos o servicios adicionales. Asimismo, en el caso de que exista más de un producto o servicio relacionado entre sí, ofertado en conjunto en beneficio del Usuario, en caso de que puedan subsistir de forma independiente, al momento de cancelar alguno se podrán modificar las condiciones de los que subsistan, informando de esta situación al Usuario.

De otra parte, el Artículo 21 menciona que las Instituciones Financieras, en la terminación de Contratos de Adhesión que documenten operaciones de crédito, préstamo o financiamiento, deben:

I. Dar por terminado el Contrato de Adhesión a más tardar el día hábil siguiente a aquel en que reciban la solicitud si no existen adeudos. De lo contrario, la Institución Financiera comunicará al Usuario, a más tardar el día hábil siguiente al de la recepción de la solicitud, el importe de los adeudos y dentro de los cinco días hábiles siguientes al de la recepción de la solicitud pondrá a su disposición dicho dato a determinada fecha, en la sucursal elegida por el Usuario, y una vez liquidados los adeudos se dará por terminado el Contrato de Adhesión;

II. Entregar el saldo a favor, en su caso, en la fecha en que se dé por terminada la operación o al no haber acudido el Usuario a la sucursal u oficina de la Institución Financiera, informarle que se encuentra a su disposición y determinar la forma cómo le puede ser devuelto;

III. Entregar o mantener a disposición del Usuario, el estado de cuenta o documento en el que conste el fin de la relación contractual y la inexistencia de adeudos derivados exclusivamente de dicha relación, dentro de diez días hábiles a partir de que se hubiera realizado el pago de los adeudos o en la siguiente fecha de corte, y

IV. Reportar a las sociedades de información crediticia que la cuenta está cerrada sin adeudo alguno dentro del plazo que para tales efectos señala la Ley para Regular las Sociedades de Información Crediticia. En caso de que el Usuario no solicite a la Institución Financiera la terminación anticipada del contrato y realice el pago de la totalidad del crédito otorgado, así como de los accesorios generados, la Institución Financiera deberá informar al Usuario la terminación del contrato, o bien, entregar el estado de cuenta siguiente a la fecha de pago sin adeudo alguno, salvo en las operaciones previstas en las fracciones I y II del artículo 3 de las presentes Disposiciones.

El artículo 22 de las disposiciones obligatorias dice que en los Contratos de Adhesión que documenten Créditos al Consumo distintos a operaciones de arrendamiento financiero, las Instituciones Financieras deben bloquear la línea correspondiente y, en su caso, el Medio de Disposición, a partir del mismo día en el que debe en el que conste el mecanismo de verificación de identidad utilizado.

Las operaciones de depósito de dinero a la vista se darán por terminadas en la fecha en que el Usuario lo solicite, siempre y cuando se cubran los adeudos y Comisiones cargados a esa fecha, de acuerdo a lo establecido en el Contrato de Adhesión y se retire el saldo que reporte la Institución de Crédito en ese momento. Una vez realizado el retiro del saldo, las Instituciones Financieras deben proporcionar al Usuario acuse de recibo o clave de confirmación de cancelación renunciando ambos a sus derechos de cobro residuales, que pudieran subsistir después del momento de la cancelación. El Usuario podrá solicitar la terminación de operaciones pasivas, por conducto de otra Institución Financiera que se denominará receptora, la cual en caso de resultar procedente debe abrir una cuenta a nombre del Usuario y comunicar a la Institución Financiera transferente su compromiso sobre la veracidad y legitimidad de la instrucción de transferencia por parte del cliente, a fin de que se transfieran los recursos a la Institución Financiera receptora, incluyendo los accesorios generados a la fecha de entrega de los recursos, quien llevará a cabo los trámites respectivos, bajo su responsabilidad y sin cobro de Comisión alguna por tales gestiones, a más tardar al tercer día hábil siguiente a aquel en que se reciba la solicitud respectiva. La operación se dará por terminada una vez que los recursos estén en la cuenta que al efecto abra la Institución de Crédito receptora. Tratándose de operaciones a plazo, la cancelación surtirá efectos a su vencimiento.

La Institución Financiera receptora, cuando ofrezca estos servicios, debe recibir por escrito en sus sucursales, las solicitudes de terminación de operaciones pasivas que los Usuarios deseen realizar con otras Instituciones Financieras. Los documentos originales en los que conste la manifestación de la voluntad del Usuario para dar por terminada la relación contractual con la Institución Financiera transferente, deben ser conservados por la Institución Financiera receptora como evidencia en su expediente, en el que conste el mecanismo de verificación de identidad utilizado. Una vez abierta la nueva cuenta y realizada la transferencia de los recursos, la Institución Financiera receptora debe entregar al Usuario el Contrato de Adhesión, carátula y estado de cuenta en los términos establecidos en las presentes Disposiciones. En caso de que el titular de la operación no reconozca dicha terminación o la transferencia de recursos efectuada, la Institución Financiera receptora debe entregar los recursos con sus respectivos accesorios a la Institución Financiera transferente, dentro de un plazo máximo de tres días hábiles (artículo 24). Proceso muy complejo para los usuarios.

De acuerdo con el artículo 25, en la terminación de operaciones activas o pasivas que el Usuario solicite por conducto de la Institución Financiera receptora, en términos de lo previsto en los artículos anteriores, ésta deberá sujetarse a lo siguiente:

- I. Contar con manuales que garanticen la seguridad, responsabilidad y eficiencia en el proceso de la terminación de operaciones;
- II. En los expedientes derivados de la terminación de operaciones activas y pasivas debe señalarse el nombre y firma del funcionario responsable;
- III. En el caso de operaciones pasivas, realizar en el mismo acto en el que se reciban los recursos, el inicio de operaciones;
- IV. En el caso de operaciones pasivas será necesario contar con la autorización de los titulares o cotitulares en su caso;
- V. Contar con la aprobación del crédito correspondiente, respecto de operaciones activas, cuyo importe debe ser suficiente para liquidar el saldo deudor a la fecha determinada, de acuerdo al último estado de cuenta o constancia que proporcione el Usuario, y se considerará dispuesto el crédito en el momento en que se realice el pago a la Institución Financiera transferente;
- VI. Abstenerse de ofrecer, otorgar o ceder contraprestación alguna directa o indirectamente, a las empresas, sindicatos o personas que puedan ejercer influencia sobre otros Usuarios, con el propósito de promover la terminación de operaciones de manera colectiva;
- VIII. En el movimiento de recursos entre transferente y receptor, la operación de cargo en una institución y abono en la otra deberá realizarse con la misma fecha valor, y
- IX. Cubrir el pago de los daños y perjuicios ocasionados al Usuario, así como las sanciones que resulten aplicables, en caso de que no pueda comprobar la autorización respectiva del Usuario.

De manera similar, el artículo 26 menciona que en la terminación de operaciones activas o pasivas que el Usuario solicite por conducto de la Institución Financiera receptora, la Institución Financiera transferente deberá:

- I. Requerir al Usuario confirmación de haber solicitado a la Institución Financiera receptora el servicio de cancelación y transferencia de recursos a través de los datos de localización que tenga convenidos con la Institución Financiera transferente;
- II. Dar a conocer a la Institución Financiera receptora, la información respecto al saldo y aquella que resulte necesaria para la terminación de la operación solicitada por el Usuario;
- III. En el caso de operaciones pasivas, previa confirmación prevista en la fracción I, transferir los recursos objeto de la operación de que se trate a la cuenta que sea indicada por la Institución Financiera receptora, a más tardar al tercer día hábil bancario contado a partir de la recepción de la solicitud;
- IV. Una vez realizado el retiro del saldo, la Institución Financiera transferente deberá renunciar a sus derechos de cobro residuales, que pudieran subsistir después del momento de la cancelación. A partir de la transferencia de los recursos, se extinguen los derechos y obligaciones de los contratos cancelados, y
- V. En el movimiento de recursos entre transferente y receptor, la operación de cargo en una institución y abono en la otra deberá realizarse con la misma fecha valor.

De conformidad con el artículo 27, las Instituciones Financieras deben inscribir en el RECA, previo a su utilización, todos los modelos de Contratos de Adhesión, incluyendo sus anexos. Es obligación de las Instituciones Financieras que los modelos de Contratos de Adhesión y los anexos correspondientes que inscriban en el RECA, tengan buena calidad de imagen y estén completos.

Como un mecanismo de control, pero sin sanción (o con ésta muy baja), en el artículo 28 las Instituciones Financieras deben remitir a la CONDUSEF para su autorización y previo a su inscripción, los modelos de Contratos de Adhesión de los siguientes productos:

- I. Créditos asociados a una tarjeta de crédito básica;
- II. Contratos de depósito a la vista denominados producto básico de nómina y básico para el público en general;
- III. Contratos de depósito a la vista que tienen como único origen del depósito el pago de salarios, pensiones y demás prestaciones laborales en forma periódica, y
- IV. Contratos de crédito que hayan sido autorizados principalmente con base en el salario del trabajador, o que en su nombre, definición o publicidad utilicen la palabra nómina o salario.

La CONDUSEF debe resolver la solicitud de autorización dentro del plazo de treinta días naturales. De no recibir las Instituciones Financieras ninguna

observación dentro de dicho plazo, el Contrato de Adhesión y sus respectivos anexos se tendrán por autorizados y podrán registrarlos en el RECA. No se requiere nueva autorización para modificar los Contratos de Adhesión, cuando se otorguen beneficios a los Usuarios o sea para adecuarlos a nuevas disposiciones. En este caso se debe enviar evidencia a la CONDUSEF, cuando ésta así lo requiera, de que se llevó a cabo el procedimiento de modificación de los contratos que tengan con los Usuarios. Cualquier otra modificación a los Contratos de Adhesión requerirá de la previa autorización de la CONDUSEF.

## VII. Medios para defenderse frente a cláusulas abusivas

En la tesis 1ª XCIX/2015 (10ª), del Semanario Judicial de la Federación se establece dicho mecanismo en el área de consumo de productos, si bien en la materia financiera hay otros mecanismos adicionales:

**PROCURADURÍA FEDERAL DEL CONSUMIDOR. ESTÁ FACULTADA PARA SOLICITAR LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE NULIDAD DE CLÁUSULAS DE CONTRATOS DE ADHESIÓN QUE SE OPONGAN A LO PREVISTO EN LA LEY FEDERAL DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR.**

De los artículos 86 quáter y 87, párrafo segundo, de la Ley Federal de Protección al Consumidor, deriva que cualquier diferencia entre el texto del contrato de adhesión registrado ante la Procuraduría Federal del Consumidor y el utilizado en perjuicio de los consumidores, se tendrá por no puesta, y que los contratos que deban registrarse y no se registren, así como aquellos cuyo registro sea negado por la Procuraduría, no producirán efectos contra el consumidor. Sin embargo, en tanto no exista una declaración judicial que determine que las cláusulas de un contrato de adhesión son inválidas por contravenir las disposiciones de la citada ley, que son de orden público e irrenunciables, los consumidores podrán enfrentarse con problemas al tratar de hacer efectivo su derecho de reparación. Por ello, dentro de las facultades conferidas a la Procuraduría Federal del Consumidor, específicamente en el artículo 24, fracción II, del citado ordenamiento, está la de solicitar la declaración judicial de nulidad de las cláusulas de un contrato de adhesión que contienen disposiciones contrarias a la Ley Federal de Protección al Consumidor.

En materia de servicios financieros, la posibilidad de que el Usuario, en un periodo de diez días hábiles posteriores a la firma de un Contrato de Adhesión, con excepción de los créditos con garantía hipotecaria, lo cancele sin responsabilidad para el mismo, en cuyo caso, las Instituciones Financieras no podrán cobrar Comisión alguna, siempre y cuando el Usuario no haya utilizado u operado los productos o servicios financieros contratados o dispuesto del crédito otorgado, conforme a lo dispuesto en el artículo 11 Bis 1 de la Ley para la Transparencia.

Otro mecanismo es recurrir al arbitraje frente a instituciones financieras por la controversia sobre la validez de la cláusula abusiva, pero se necesi-

ta autorización de la institución financiera. Ha habido muy pocos casos y la CONDUSEF de momento no ha mostrado gran experiencia al respecto<sup>7</sup>.

### VIII. Conclusiones:

México cuenta con un sistema de protección de los consumidores a través de la LFPC y la Procuraduría Federal de Protección al Consumidor y la Ley de Ordenamiento y Transparencia de los Servicios Financieros para el caso de usuarios de servicios financieros, junto con la Condusef, su órgano protector. Cuenta además, con un capítulo en la LFPC y muchos artículos en las Disposiciones emitidas por la Condusef en el ámbito de su competencia relativa a los contratos de adhesión y a la posible existencia de cláusulas abusivas hacia el usuario. Sin embargo, como vimos a lo largo del presente trabajo, dichas normas son en gran medida insuficientes porque: (i) se limitan a establecer condiciones formales que deben cumplir las entidades financieras y (ii) las sanciones que puede imponer la Condusef son insuficientes para servir como desincentivo para la realización de este tipo de prácticas. Por último, el usuario no cuenta con muchos y sobretodo eficaces mecanismos procesales cuando es víctima de alguna cláusula abusiva en el contrato que documenta una operación financiera.

El enfoque metodológico de la invalidez de las cláusulas abusivas se extiende al régimen de ineficacia de los controles establecidos. En consonancia con la pluralidad de perspectivas de análisis que encierra la complejidad del fenómeno tampoco cabe en esta sede inducir un postulado dogmático al respecto. Más bien, su debate sigue abierto y parece incidir en la moderna orientación doctrinal de replantear la rígida categoría de la ineficacia contractual hacia interpretaciones más flexibles y ajustadas a la realidad del tráfico jurídico, en donde se aprecia, cada vez con mayor frecuencia, la tendencia a particularizar los regímenes dispuestos en aras a lo que se suele denominar con un cierto eufemismo, nuevos supuestos de ineficacias especiales<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Al respecto puede consultarse mi libro GINEBRA SERRABOU, Xavier, *Contratación bancaria y derechos de los usuarios*, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 2005, p. 192

<sup>8</sup> Cfr. ORDUÑA MORENO, Francisco Javier y TOMILLO URBINA, Jorge, *Contratación bancaria: doctrina, jurisprudencia y formularios*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, tomo I, pp. 101-102.

## REFERENCIAS

### Bibliográficas

ACOSTA ROMERO, Miguel, ALMAZÁN ANALIZ, José Antonio, PÉREZ MARTÍNEZ, Adriana, *Derecho de la defensa de los usuarios de servicios financieros*, Porrúa, México, 2002

ANDREU MARTÍ, María del Mar, *La protección del cliente bancario*, Tecnos, Madrid, 1998.

GINEBRA SERRABOU, Xavier, *Contratación bancaria y derechos de los usuarios*, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 2005

GUADARRAMA LÓPEZ, Enrique, *Contratos de adhesión y cláusulas abusivas, ámbitos de consumo comercial y financiero*, Porrúa y UNAM, México, 2014.

ORDUÑA MORENO, Francisco Javier, director, *Contratación y servicio financiero*, Caja Cantabria y Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

\_\_\_\_\_, y TOMILLO URBINA, Jorge, *Contratación bancaria: doctrina, jurisprudencia y formularios*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, tomo I.

ZUNZUNEGUI, Fernando, *Lecciones de derecho bancario y bursátil*, Colex, Madrid, 2001.

### Electrónicas

<http://www.jornada.unam.mx/2015/06/19/economia/027n1eco> (consultada el 1 de marzo de 2017).

# Las zonas económicas especiales, nuevo instrumento para el desarrollo empresarial en México

Juan Manuel Ortega Maldonado<sup>1</sup>

Roberto Martínez Regino<sup>2</sup>

**Resumen:** La Ley Federal de Zonas Económicas Especiales, se suma a una serie de recientes reformas en materia de Derecho empresarial, que buscan fortalecer e impulsar el desarrollo de la parte sur del país. Se trata de un instrumento que si bien no es nuevo a nivel internacional, promete crear una atmósfera propicia para detonar esa región que siempre ha estado huérfana de apoyos estructurales. Las experiencias extranjeras nos obligan a meditar sobre sus posibles efectos en nuestras economías nacionales.

**Palabras clave:** Zonas económicas especiales, desarrollo regional, desarrollo empresarial, derecho empresarial.

*Abstract: The Federal Law of Special Economic Zones, adds to a series of recent reforms in enterprise law, seeking to strengthen and promote the development of the southern part of the country. It is an instrument that although it is not new internationally, promises to create an atmosphere conducive to detonate the region that has always existed without structural supports. Foreign experiences force us to reflect on their possible effects on our national economies.*

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho por la UNAM; Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, España; Profesor en la División de Estudios de Posgrado de la UNAM; Profesor Investigador de Tiempo Completo en la Universidad Autónoma del Estado de Morelos; [juan.mom@hotmail.com](mailto:juan.mom@hotmail.com)

<sup>2</sup> Maestro en Derecho y Doctor en Derecho y Globalización por la Universidad Autónoma del Estado de Morelos; [regino\\_ct3@hotmail.com](mailto:regino_ct3@hotmail.com)



*Key words: Special Economic Zones, regional development, business development, enterprise law.*

## 1. Introducción

El 01 de junio pasado fue publicada en el Diario Oficial de la Federación la Ley Federal de Zonas Económicas Especiales<sup>3</sup> (LFZEE). Se trata de una ley que se enmarca dentro de una serie de reformas legales que tienden a fortalecer el aparato jurídico de las empresas en México, tal como la reciente adición a la Ley General de Sociedades Mercantiles, que introduce en México la figura mercantil de las sociedades por acciones simplificada<sup>4</sup>.

La figura de las zonas económicas especiales no es nueva en el ámbito internacional, pues se ha ido destilando a lo largo de los últimos 30 años en algunos países con resultados interesantes que deben desvelarse. También existe en México, como una experiencia cercana, la figura de región fronteriza y franja fronteriza que si bien tienen un marcado acento fiscal y aduanero, también lo es que sus bondades son menores a las que se visualizan para las zonas económicas especiales.

Pues bien, en este capítulo, abordaremos la descripción de la citada Ley, revisando sus antecedentes y sus futuras repercusiones en el ámbito del derecho empresarial y el desarrollo regional.

## 2. Concepto

Podemos definir a la Zona Económica Especial (en adelante ZEE) como el área delimitada geográficamente; ubicada en un sitio con ventajas naturales y logísticas para convertirse en una región altamente productiva.

El artículo 3, fracción XVI, de la Ley la define como el área geográfica del territorio nacional, determinada en forma unitaria o por secciones, sujeta al régimen especial previsto en esta Ley, en la cual se podrán realizar actividades de manufactura, procesamiento, transformación y almacenamiento; la prestación de servicios de soporte a dichas actividades y de otra índole que se consideren necesarias conforme a los propósitos de este ordenamiento, así como la introducción de mercancías para tales efectos.

---

<sup>3</sup> La iniciativa fue presentada por el Ejecutivo Federal el 29 de septiembre de 2015 ante la Cámara de Diputados, la cual aprobó la Iniciativa el 14 de diciembre de 2015 y turnada a la Cámara de Senadores, la que aprobó el Dictamen con fecha 14 de abril de 2016.

<sup>4</sup> Se adicionaron los artículos 260 a 273 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Al momento de enviar la Iniciativa, el gobierno mexicano tenía planeadas 3 ZEE; sin embargo, la baja en el precio de la venta del petróleo a nivel internacional, ha afectado gravemente la región que comprende los estados de Tabasco y Campeche, por lo cual la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP) amplió el número de ZEE que podrían entrar en funcionamiento en pocos años, de suerte que al día de hoy se tiene prevista la creación de 4 ZEE<sup>5</sup>: la primera en Puerto Lázaro Cárdenas, municipios adyacentes de Guerrero y Michoacán<sup>6</sup>; la segunda en Puerto Chiapas, en Tapachula, Chiapas; la tercera en el Corredor Interoceánico del Istmo de Tehuantepec, de Salina Cruz en Oaxaca, a Coatzacoalcos en Veracruz, y la cuarta, que impulse el desarrollo de Tabasco y Campeche, que impacte el corredor que va de Coatzacoalcos a Ciudad del Carmen en Campeche.

### 3. Las consideraciones para la emisión de la Ley

La Exposición de Motivos de la iniciativa no escatima en razones para justificar la creación de las ZEE. Se indica, entre otros puntos, que a lo largo de las últimas décadas, con independencia del gobierno en turno, la estrategia de desarrollo en el Sur del país se ha basado en un esquema predominantemente “asistencial”.

Agrega que si bien se han implementado programas sociales para abatir carencias básicas que sin duda hacen una diferencia en la vida de las familias más necesitadas, éstos no han sido articulados con una política económica que promueva la inversión, el empleo y el crecimiento en la región. No se pueden cerrar los ojos ante este contraste de realidades porque México es uno solo y no se puede aspirar a un México próspero sin un desarrollo regional equilibrado. Si se sigue haciendo lo mismo, —subraya la Iniciativa— los resultados no van a variar. Por ello invita a pensar con audacia y creatividad, en nuevas estrategias para impulsar el desarrollo del Sur.

Más adelante se apunta, siguiendo esta línea, que las ZEE representan un esfuerzo extraordinario y sin precedentes para impulsar el desarrollo de regiones rezagadas con un potencial productivo y logístico que, por diversas barreras estructurales, no ha sido debidamente aprovechado.

Una parte destacada de la Exposición de Motivos resalta que el país enfrenta una brecha de desarrollo cada vez mayor. El Tratado de Libre Comer-

<sup>5</sup> Comunicado de prensa de la SHCP de fecha 28 de abril de 2016; información confirmada por la declaración pública hecha por el Presidente el 2 de septiembre de 2015 y del propio Secretario a lo largo de fines del año pasado y principios de éste, en diversos medios de comunicación.

<sup>6</sup> El Presidente dio el banderazo oficial de esta zona precisamente el 3 de junio pasado en el mismo puerto de Lázaro Cárdenas.

cio con Estados Unidos entró en vigor hace 21 años; desde entonces el país ha tenido un comportamiento muy diferente, dependiendo de la región que observemos.

En lo que podríamos llamar el “Corredor del TLC”, en El Bajío y en la Frontera Norte, existe un fenómeno muy positivo de creación de prosperidad; no así en el Sur del país.

El Producto Interno Bruto por habitante ha crecido 41 por ciento; es decir, en tan sólo 20 años se ha elevado de manera muy importante la generación de riqueza, el desarrollo económico en los estados, que tiene una vinculación con la industria manufacturera de exportación. Es el caso, por ejemplo, de Aguascalientes y de Querétaro.

Esas regiones (Norte y Bajío) tienen elevadas tasas de crecimiento, integradas a la economía global, con mayores niveles de bienestar y desarrollo para sus habitantes. Por supuesto que son estados que no están exentos de problemas, pero donde las historias de creación de prosperidad a través de un modelo de competitividad han trascendido la problemática local.

Por el contrario, en el sur del país hay estados como Oaxaca, Chiapas o Guerrero, donde claramente no se ven los efectos positivos de la entrada en vigor del Tratado de Libre Comercio porque no están integradas a la economía global.

La región Sur presenta tasas históricamente bajas, frenadas por debilidades estructurales, un acceso limitado a los mercados y mayores niveles de pobreza y marginación. Prevalen en la región actividades económicas poco productivas y su desarrollo industrial es incipiente.

Afirma la Iniciativa que se desean crear ZEE, con una lógica no asistencial ni remedial; sino como una verdadera apuesta estratégica para crear nuevos polos de desarrollo industrial en lugares que tengan potencial productivo y logístico dentro de esta región. La intención es ofrecer condiciones distintas a las que hay en el resto del territorio nacional, por ello se proponen ventajas fiscales, incluyendo un régimen aduanero especial, un marco regulatorio ágil, infraestructura -de primer nivel-, programas de apoyo y otros estímulos y condiciones preferenciales.

Es intención del proyecto dotar a las ZEE de infraestructura económica, social y urbana, para que no sólo a las empresas sino también a las personas, les convenga trasladarse a esas zonas a vivir y a trabajar.

El objetivo —subraya el Proyecto— es el mismo planteado por una de las estrategias del Plan Nacional de Desarrollo: Democratizar la Productividad, en este caso a nivel regional, para que los ciudadanos del sur tengan las mismas posibilidades de desarrollo y bienestar que los del resto del país. Es decir, se busca cerrar estas brechas regionales mediante la creación de nuevos polos de desarrollo industrial que atraigan inversiones, generen empleos, desarrollen cadenas de valor, detonen una demanda de servicios locales y traigan beneficios a la población aledaña a estas zonas.

Estos polos industriales serán la punta de lanza para propiciar un cambio de fondo en la estructura productiva de esta región, al elevar la presencia de actividades económicas de alta productividad.

#### 4. Las experiencias extranjeras

La ley abreva de toda una serie de experiencias que se han dado en el ámbito internacional y de las que podemos dar cuenta en este momento.

Las ZEE fueron creadas hace más de 50 años y han tenido distintas denominaciones: zona de libre comercio, zona franca industrial, maquiladora o simplemente zona franca. La primera ZEE que se conoce nació en el aeropuerto de Dublín, en Irlanda, en 1959; empero, es hasta mediados de los años 80 cuando se da el auge de las mismas<sup>7</sup>. En 1986, la OIT reportó el establecimiento de 176 zonas en 47 países; para 2006 el número aumentó a 3500 zonas en 130 países<sup>8</sup>.

Específicamente, para el Banco Mundial (BM), las ZEE en Centroamérica han sufrido diferentes modificaciones desde su creación. Todos los países ejecutaron programas durante la década de los 70, con el objetivo de generar empleo, atraer inversión extranjera directa, diversificar la canasta de exportación y adquirir nuevas tecnologías. En la mayoría de los casos, estos programas fueron dirigidos inicialmente por el gobierno y diseñados como zonas de libre comercio tradicional; con el modelo de zona franca de exportaciones se le dio un papel importante al sector privado, principalmente a través de pequeños y medianos parques industriales y empresas individuales de zona

<sup>7</sup> Cfr. González García, Juan, Meza Lora, José Salvador, “Shenzhen, zona económica especial: Bisagra de la apertura económica y el desarrollo regional chino”, *Problemas del desarrollo. Revista latinoamericana de economía*, vol. 40, núm. 156, enero-marzo, 2009, pp.106-107.

<sup>8</sup> Cfr. Banco Mundial, *Desarrollando el potencial exportador de América Central*, Departamento de Financiamiento y Desarrollo del Sector Privado, Unidad Gerencial del País, América Central, Región de América Latina y el Caribe, Octubre de 2012, pp.4-56.

franca. En su mayoría, las inversiones están orientadas a la exportación y captan recursos provenientes de inversionistas extranjeros, en especial dirigida a las manufacturas.

La región de Centroamérica con mayor número de zonas francas en operación es República Dominicana, con 51, seguida por Nicaragua con 35, Guatemala y Honduras tienen 24 en operación cada una y Panamá cuenta con 14. El BM menciona que el modelo utilizado en República Dominicana está basado en la diversificación industrial y el incremento del valor agregado de los bienes y servicios producidos en ellas. En este país, las zonas dependían casi exclusivamente de la manufactura textil y del vestido; sin embargo, después del 2005 se han diversificado. Hoy en día, exportan productos de alta tecnología, que incluye electrónica, dispositivos médicos y productos farmacéuticos.

Por su parte, Honduras, Guatemala y Nicaragua se caracterizan por su enfoque en el mercado textil y del vestido. Aunque se observan algunas muestras de diversificación, la industria de ropa es dominante.

Se tiene el caso de Panamá, donde destaca la zona libre de Colón que se ha especializado en servicios de logística, distribución de mercancías y servicios en general para aprovechar al máximo el Canal de Panamá, que sin duda predispone la preferencia a este país por sus servicios logísticos. Por ello, es evidente que las zonas de Panamá se parecen muy poco a las del resto de los países de la región.

En las últimas décadas, los programas de ZEE en la región han jugado una función importante para facilitar la diversificación y la transformación de la economía regional, desde el programa que dependía de las exportaciones de productos básicos agrícolas hasta aquel en que las manufacturas desempeñan un papel importante. En consecuencia, se creó un número significativo de empleos.

Por otro lado, *China* es un país en vías de desarrollo que ha creado con éxito estas zonas desde hace más de 20 años. A finales de la década de los 70's, sus ZEE impulsaron el proceso de apertura a Occidente como parte de la política de transición desde el sistema comunista hacia un sistema de producción de economía de mercado. En estas zonas se ofrecía un paquete de incentivos de inversión a las empresas nacionales y extranjeras con el objeto de establecer plantas manufactureras modernas esperando que el capital extranjero y la tecnología pudieran ser atraídos para acelerar el crecimiento y la promoción de exportaciones. Además, se contaba con mano de obra barata y facilidad para el comercio exterior<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> Cfr. González García, Juan, Meza Lora, José Salvador, op.cit., nota 7, pp.107-113.

Las ZEE chinas se ubicaron en lugares geográficos estratégicos para el comercio marítimo y de transporte terrestre. Por ejemplo, Shenzhen es frontera con Hong Kong; Zuhai lo es con Macao; Xiamen está cerca de Taiwan y de Corea.

En cuanto al diseño institucional, tras 30 años del inicio de su operación, las zonas y su administración han variado en tres etapas. La primera que comprende de 1980 a 1986, donde la intervención del gobierno era importante al establecer ventajas para guiar y supervisar el comercio y la inversión extranjera; la segunda etapa comprende de 1987 a 1995, en la cual se concedió injerencia a las autoridades locales en la administración de estas ZEE. Esto trajo como consecuencia la pérdida de las ventajas comparativas de las ZEE, así como problemas de crecimiento urbano y deterioro ambiental, lo que originó que el gobierno central buscara nuevas estrategias. Finalmente, la tercera etapa comprende de 1996 a 2006, etapa en la cual se advierte el éxito de políticas de reconversión industrial en la producción de bienes de alta tecnología.

Puede resumirse que el éxito de las ZEE chinas se debe a factores como la aplicación de políticas de puertas abiertas, su ubicación geográfica estratégica, el papel del gobierno central al promover el crecimiento y desarrollo económico, inversión en infraestructura urbana y la oferta de fuerza de trabajo de bajo costo.

Por su parte, en la *India* se impulsaron las ZEE a partir del año 2000 para poder hacer competitivo el libre comercio en las exportaciones. Para tal efecto a los gobiernos estatales se les concedió facultades para promover las exportaciones y crear infraestructura necesaria, aunado a que se creó una *Junta de Aprobaciones* conformado por 19 ministerios entre ellos, el Secretario del Departamento de Comercio, de Ciencia y Tecnología, de Industrias a pequeña escala e Industrias Agrarias y Rurales, de Defensa del Cuidado del Medio Ambiente, de Derecho y Justicia, de Desarrollo Urbano, entre otros<sup>10</sup>.

Algunas de las medidas que se han adoptado en las ZEE de la India son: derecho a la libre importación o adquisición de bienes para el desarrollo y mantenimiento de las unidades de la ZEE, exención al 100% del impuesto por ingresos por exportaciones en 5 años, 50% de exención los siguientes 5 años, dispensa del impuesto central por ventas, impuesto por servicios, impuesto estatal a las ventas y otros gravámenes, exención de impuestos especiales o de aduanas, préstamos comerciales de hasta \$500 millones de dólares en un año sin restricción de vencimiento.

<sup>10</sup> Cfr. Ministry of Commerce and Industry, 2014, “Special Economic Zones in India”, en: <http://sezindia.nic.in/about-introduction.asp>, consultado el día 27 de mayo del 2016.

En cuanto al diseño institucional el promotor solicita establecer una ZEE al gobierno, después éste hará la recomendación a la *Junta de Aprobación*; de cualquier forma el promotor puede dirigir directamente la propuesta a dicha Junta. Desafortunadamente el contexto de la economía parece no favorecer la consolidación de las ZEE en India<sup>11</sup>.

Otro ejemplo sobre las ZEE, lo es Paquistán; la primera fue creada en Khairpur, muy recientemente, el 11 de febrero del 2014, a través de la ley de la materia de 2012, y se espera sea un centro de procesamiento agroindustrial de productos derivados del dátil<sup>12</sup>. Previo a esta zona ya se habían establecido 8 Zonas de Procesamiento de Exportaciones, con distintos beneficios<sup>13</sup>. Las medidas implementadas en la ZEE eximen de aranceles a la importación e impuestos sobre los bienes de capital necesarios para el desarrollo de la Zona, así como la exención del impuesto sobre la renta por los siguientes 10 años.

En cuanto al diseño institucional para establecer una Zona, la normatividad permite que pueda hacerlo tanto el gobierno federal, las provincias o inclusive, la colaboración con el sector privado en diversos modos de asociación público-privada o en forma exclusiva por el sector privado. La Ley crea una Junta de Aprobación Federal dirigida por el Primer Ministro y lo integran los Ministros de Economía, los gobiernos provinciales y representantes de sectores público y privado.

*Myanmar* es otro país de éxito en materia de ZEE. La aprobación de la Ley de ZEE es producto de su transición hacia un sistema democrático moderno, con economía de mercado. Se han establecido tres zonas, en Dawei, Thilawa y Kyuakyu y lo sorprendente es que la Inversión Extranjera Directa aumento de 300 millones de dólares de 2009 a 2010 a 20 mil millones de dólares entre 2010 al 2011 pasando de un 5% en su PIB en 2009 a más del 6% en el 2012<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> Cfr. INDOLINK Consulting 2013, “El gobierno puede desechar la política SEZ” *Blog sobre Negocios en Inida-INDOLINK Consulting* en: <https://indolinkspanish.wordpress.com/tag/sez>, consultado el día 27 de mayo de 2016.

<sup>12</sup> Board of Investment Pime Minister’s Office Government of Pakistan, “Special Economic Zones”, en <http://boi.gov.pk/InvestmentGuide/SEZ.aspx>, consultado el día 27 de mayo del 2016.

<sup>13</sup> Al respecto, se encuentran medidas como la simplificación de procesos, infraestructura, abundancia de mano de obra movilidad de productos finales entre unidades de exportación, repatriación completa de capital y utilidades, no existe montos mínimos o máximos de inversión, importación de equipos y materiales libre de aranceles, no hay restricciones nacionales a las importaciones y a las regulaciones de tipo de cambio, asimismo la regulación del trabajo es competencia solo de la Autoridad de las Zonas de Procesamiento de Exportaciones.

<sup>14</sup> Cfr. Asean Briefing, “Special Economic Zones in Myanmar”, 28 July 2013, en <http://www.aseanbriefing.com/news/2013/06/28/special-economic-zones-in-myanmar.html>, consultado el día 27 de mayo de 2016. Asimismo puede consultarse Kpmg in Myanmar “Special Economic Zones Law in Myanmar” en Myanmar Tax Alert., en: [http://www.kpmg.com/MM/en/IssuesAndInsights/ArticlesPublications/TaxAlert/Documents/Tax\\_Alert\\_SEZ-1.pdf](http://www.kpmg.com/MM/en/IssuesAndInsights/ArticlesPublications/TaxAlert/Documents/Tax_Alert_SEZ-1.pdf), consultado el día 27 de mayo del 2016.

Los incentivos implementados no solo están dirigidos a las industrias sino a crear cadenas de suministros necesarios para lograr el desarrollo económico. En específico consisten en una moratoria fiscal de cinco años, reducción al 50% de impuesto sobre la renta en productos exportados al extranjero por 5 años, reducción al 50% de impuesto sobre la renta en utilidades reinvertidas por productos exportados en 5 años, exención por 5 años en los derechos de aduana respecto a productos aprobados, así como la concesión del arrendamiento de tierras por 30 años.

Respecto al diseño institucional, en el 2011 se creó el Órgano Central de la ZEE, que supervisa la inversión extranjera en el país. Igual que Paquistán por la reciente creación de las zonas resulta difícil su evaluación, pero debe reconocerse el fomento a la inversión extranjera directa indica ser una de las más integrales.

En *Letonia* desde 1997 se establecieron las ZEE por un plazo de 20 años, insertando a Riga en la capital, Liepaja en la zona sur, Rezeke cerca de la frontera con Rusia y Ventspils en uno de los puertos más importantes en Europa. El objetivo de la primera es el manejo de carga o valor añadido a servicios logísticos y de los últimos dos atraer logística y proyectos de exportación manufacturera.

Entre los incentivos para promover las actividades empresariales se encuentran<sup>15</sup> la reducción al 80% en el impuesto predial (tasado en 1.5% del valor de la propiedad), hasta alcanzar la compensación del 50% del monto invertido y 65% para las Pymes; 80% de reducción en el Impuesto al ingreso corporativo —el cual corresponde al 15%— sobre las actividades llevadas a cabo dentro de la zona hasta que la compensación del 50% de la cantidad invertida o el 65% para las Pymes; 0% de IVA para la mayoría de los bienes y servicios proporcionados a empresas en las zonas francas o exportados fuera de ellas y para los bienes suministrados en zonas francas, incluyendo servicios de construcción. Así como el descuento de 80% en el impuesto sobre la renta al pago de dividendos y salarios a inversionistas y trabajadores de la zona, y la deducción de impuestos si la empresa realizó obras de infraestructura dentro de la zona económica especial que correspondían al gobierno estatal o nacional.

<sup>15</sup> Cfr. Investment and Development Agency of Latvia, “Tax Incentives-Special Economic Zones” en: <http://www.liaa.gov.lv/invest-latvia/competitive-advantages/business-incentives/tax-incentives-0>, consultado el día 27 de mayo del 2016, asimismo, Deloitte Touche Tohmatsu Limited, “Taxation and Investment in Latvia 2013. Reach, relevance and reliability”, en: <http://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/global/Documents/Tax/dttl-tax-latviaguide-2013.pdf>, consultado el día 27 de mayo del 2016.



En cuanto a su diseño institucional cada ZEE posee una autoridad administrativa, la cual decide lo referente a permisos y todo tipo de trámites de inversiones. Su ubicación geográfica beneficia a las zonas, pero su éxito también se debe a su reciente ingreso a la Unión Europea lo que implica acceso a tal mercado, pero además a los fondos de cooperación.

*Corea del Sur* es considerado como país desarrollado y aplica las ZEEs para poder ser un lugar atractivo a la inversión extranjera, a través de tres modalidades distintas; *zonas de inversión extranjera, de libre comercio y de economía libre*<sup>16</sup>.

Las zonas de inversión extranjera, son áreas designada por un alcalde o gobernador, donde los inversionistas extranjeros hacen negocios, reciben incentivos como las exenciones o reducciones a impuestos y regulaciones mitigadas.

Las zonas de libre comercio persiguen crear sinergias para aglomerar compañías manufactureras y de logística, actualmente existen ocho complejos industriales, un aeropuerto y cinco puertos. Cada una de ellas tiene una oficina de planeación, para atraer inversionistas revisar solicitudes de inversionistas y administrar la zona. Mientras las Zonas Económicas Libres no solo implementan un ambiente corporativo desregulado con incentivos de inversión, sino grandes inversiones públicas para los centros urbanos, armónicas con el medio ambiente y con tecnología, cuya entrada en operación se espera sean en el 2020.

En el país, las ZEE son consideradas vitales para la mantener la competitividad, atraer industrias innovadoras de alto valor agregado, pero no un mecanismo para detonar el desarrollo económico y social de alguna región.

La somera revisión de las experiencias internacionales antes señalada, permite advertir los casos de éxito y fracaso, que puede evitarnos cometer los mismos errores.

Una de las enseñanzas que se detectaron es que el éxito de una ZEE reside, en gran parte, en su enfoque integral. No basta con beneficios fiscales, se deben generar todas las condiciones para que las empresas que se instalen en las zonas realmente se vuelvan más competitivas. Tiene que ser una política pública integral, que contemple incentivos fiscales y no fiscales, facilidades en trámites y regulaciones para las empresas, infraestructura económica, esquemas de fortalecimiento del capital humano, apoyos a la innovación y transferencia tecnológica, así como otras medidas que eleven la productividad de los

---

<sup>16</sup> Tae Kim, Sun, “About FIZs, FTZs and FEZs“, Invest. Korea, en: <http://blog.investkorea.org/wordpress/?p=3431>, consultado el día 27 de mayo del 2016.

factores de la producción; lo anterior acompañado de programas que detonen el encadenamiento productivo de cada ZEE con su región y una política de desarrollo urbano sostenible, que genere comunidad y establezca todas las condiciones para que la población en torno a las ZEE viva con calidad.

Con base en lo anterior, la ley incorpora una propuesta de ZEE con un enfoque que contempla cuatro dimensiones:

- Incentivos balanceados que estimulen tanto la inversión en activos fijos como la generación de empleos.
- Infraestructura económica y social que eleve la productividad de los factores de producción.
- Políticas de desarrollo urbano ordenado y sustentable.
- Políticas públicas complementarias que promuevan un desarrollo regional a través del encadenamiento productivo en torno a las ZEE.

Bajo este enfoque integral, las ZEE pueden detonar el desarrollo regional, como ha sucedido en otros países.

## **5. El contenido de la Ley de ZEE**

### **5.1. Objetivo**

Conforme al artículo 1, el objetivo de la Ley es regular la planeación, el establecimiento y la operación de las ZEE para impulsar el crecimiento económico sostenible que, entre otros fines, reduzca la pobreza, permita la provisión de servicios básicos y expanda las oportunidades para vidas saludables y productivas en las regiones del país que tengan mayores rezagos en desarrollo social, a través de la inversión, la productividad, la competitividad, el empleo y una mejor distribución de ingresos entre la población.

Las personas físicas o morales que operen como Administradores Integrales o inversionistas podrán recibir beneficios fiscales, aduaneros y financieros, así como facilidades administrativas e infraestructura competitiva, entre otras condiciones especiales. Estos beneficios e incentivos deberán fomentar la generación de empleos permanentes, el ascenso industrial, el crecimiento de la productividad del trabajo, e inversiones productivas que impulsen el desarrollo económico de la Zona y su área de influencia.

### **5.2. Determinación de las Zonas Económicas Especiales**

De acuerdo con lo señalado en el artículo 6 de la Ley, para que se establezca una ZEE en una región, deberán de reunirse los siguientes requisitos, a la fecha de emisión del dictamen.

1. Incidencia de pobreza extrema. La ZEE deberá ubicarse en alguna de las 10 entidades con mayor incidencia de pobreza extrema, de acuerdo con la información proporcionada por el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social;
2. Ubicación geográfica estratégica. Deberán establecerse en áreas que representen una ubicación estratégica para el desarrollo de la actividad productiva, debido a la integración de las vías de comunicación, que le permita tener una mayor conectividad hacia otros mercados tanto nacionales como internacionales.
3. Sectores de producción. Deberán prever la instalación de sectores productivos de acuerdo con las ventajas comparativas y vocación productiva presente o potencial de la Zona; y
4. Número de habitantes. Deberán establecerse en uno o más municipios cuya población conjunta, sea entre 50 mil y 500 mil habitantes.

De acuerdo con el artículo 7, las ZEE podrán establecerse en alguna de las siguientes formas:

1. Unitaria: un solo conjunto industrial delimitado geográficamente, el cual es desarrollado por un único Administrador Integral.
2. Secciones: varios conjuntos industriales ubicados en cualquier punto dentro de un polígono más amplio, y cada conjunto es desarrollado por un Administrador Integral.

La Declaratoria de Zona es emitida por el titular del Ejecutivo Federal, conforme lo establecido por el artículo 8, previo dictamen positivo de la SHCP, a través del Decreto que se publicará en el DOF, y deberá contener:

- I. La delimitación geográfica del territorio nacional con ventajas naturales y logísticas para convertirse en una región altamente productiva y su modalidad, señalando las entidades y municipios en las que se ubicará. En su caso, señalará los inmuebles del dominio público de la Federación que serán destinados para establecer la ZEE.
- II. La delimitación geográfica del área de influencia, entendiéndose por ella como las entidades o municipios que la conforman, susceptibles de percibir los beneficios económicos, sociales y tecnológicos;
- III. Los motivos que justifican la declaratoria;
- IV. Las facilidades administrativas e incentivos fiscales, aduaneros y económicos, que se les otorga;
- V. El plazo dentro del cual deberá celebrarse el Convenio de Coordinación;
- VI. La fecha a partir de la cual iniciará su operación.

### 5.3. Convenio de Coordinación

El artículo 10 menciona que una vez emitido el Decreto de Declaratoria, se celebrará el Convenio de Coordinación, que es el instrumento suscrito entre el Gobierno Federal y los gobiernos de las entidades federativas y los municipios en donde se ubique la Zona y su Área de Influencia, en el que se establecerán las obligaciones de los tres órdenes de gobierno para el establecimiento y desarrollo de éstas. Dicho Convenio será publicado en el DOF y en el medio oficial de difusión del Estado, el cual se sujetará, entre otras, a las siguientes obligaciones:

- I. Mantener una coordinación permanente entre los tres órdenes de gobierno, con el objeto de: a) Establecer y llevar a cabo el funcionamiento de la Ventanilla Única para facilitar los trámites que deben efectuar los Administradores Integrales, inversionistas y las personas interesadas en instalar y operar empresas en el Área de Influencia; b) Implementar mejoras regulatorias compatibles con las mejores prácticas internacionales en relación con los trámites locales y municipales que para el efecto se necesiten; c) Realizar acciones de ordenamiento territorial en el Área de Influencia; d) Promover el desarrollo integral de las personas y comunidades ubicadas en el Área de Influencia según el Programa de Desarrollo; e) Planear y ejecutar las acciones de seguridad pública necesarias para el establecimiento y desarrollo de la Zona, así como establecer un mecanismo de seguimiento y evaluación para el efecto, observando lo dispuesto en la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública, entre otras.
- II. Otorgar en el ámbito local, las facilidades y los incentivos, señalando el plazo mínimo durante el cual los beneficios de carácter fiscal estarán vigentes;
- III. Sujetarse a lo previsto en el Programa de Desarrollo;
- IV. Sujetarse en lo previsto a las reglas para la determinación y acreditación de contenido nacional conforme a la legislación aplicable, tratándose de procedimiento de contratación pública de carácter nacional;
- V. Llevar a cabo las medidas administrativas necesarias para su establecimiento y desarrollo, incluyendo aquellas para la instalación y operación de los inversionistas dentro de la misma;
- VI. Establecer los montos que se comprometen para financiar las inversiones públicas que se detallan en el Convenio de Coordinación, para su desarrollo y Área de Influencia, así como el plazo para realizarlas;

No podrá iniciar la operación de las ZEE hasta que los gobiernos estatales y municipales suscriban el Convenio de Coordinación, para lo cual deberá contar previamente con la Autorización del Poder Legislativo Local y los Ayuntamientos; en caso de no requerir dichas autorizaciones conforme a la legislación local, deberán de notificar tal situación por escrito a la SHCP.

#### **5.4. Programa de Desarrollo**

Este Programa será elaborado por la SHCP y se revisará cada 5 años. En todo caso incluirá:

I. Las acciones de ordenamiento territorial y las características de las obras de infraestructura de transporte, de comunicaciones, de logística, energética, hidráulica, ambiental y otras que se requieren ejecutar en el exterior de la Zona para la operación de la misma.

II. Las políticas públicas y acciones complementarias que se ejecutarán para: a) El fortalecimiento del capital humano, a través de la educación, capacitación y adiestramiento a nivel local, para la incorporación de trabajadores en los diversos sectores de la zona; b) El fortalecimiento de la seguridad pública en la ZEE y su Área de Influencia; c) La innovación y desarrollo científico y tecnológico; d) El apoyo al financiamiento; e) La provisión de servicios de soporte para inversionistas; f) La promoción del encadenamiento productivo de las PYMES; g) Fomentar la creación y fortalecimiento de incubadoras de empresas; h) El fomento al desarrollo económico, social y urbano del Área de Influencia; i) La coordinación entre la ZEE y administración portuaria integral, en su caso; j) La sustentabilidad, protección y preservación del medio ambiente.

#### **5.4. Beneficios fiscales y económicos**

Las empresas que se sitúen en las ZEE tendrán una serie de beneficios fiscales y económicos, que serán establecidos en el Decreto de creación. Los beneficios que se otorguen deberán incentivar la generación de empleos permanentes e inversiones productivas que impulsen el desarrollo económico y la creación de infraestructura, entre las que destacan:

- I. Estas zonas contarán con financiamiento preferencial de la banca de desarrollo;
- II. Tendrán facilidades para el comercio exterior; se creará un régimen aduanero especial que será regulado en la Ley Aduanera, el cual buscará impulsar el desarrollo, operación y funcionamiento de las ZEE.

Para tal efecto se considerarán las mejores prácticas internacionales y la realidad nacional, tales como procedimientos expeditos para destinar mercancías al régimen aduanero, que los impuestos al comercio exterior se paguen al extraer las mercancías de la Zona y se pueda optar por la menor incidencia arancelaria en función de la cuota aplicable a los insumos o a las mercancías después de haberse sometido a procesos de elaboración, transformación o reparación al interior de la Zona, según corresponda.

- III. Contarán con un trato fiscal especial, los beneficios serán temporales, y en su caso, el monto de desgravación o descuentos de las contribuciones se otorgarán de manera decreciente en el tiempo. En materia de IVA los beneficios fiscales tendrán como propósito desgravar los bienes que se introduzcan en dichas zonas, así como los servicios que se aprovechen en las mismas, cuando estas actividades se lleven a cabo por empresas residentes en México, actividades que estarán afectas a la tasa del 0%. Cuando los bienes que se introduzcan a las ZEE provengan del extranjero no deberán estar afectas al impuesto mencionado. Tratándose de las actividades que se realicen al interior de éstas no se considerarán contribuyentes de dicho impuesto, por lo que hace a dichas actividades.

En materia de impuesto sobre la renta, los beneficios fiscales deberán promover la inversión productiva, la formación de capital humano y la capacitación de los trabajadores, de forma que impulse la generación de empleo de alto valor agregado y la elevación de las remuneraciones de los trabajadores de la zona.

Los beneficios que otorgue el Ejecutivo deberán tener como mínimo una duración de 8 años, durante su vigencia no podrán modificarse dichos beneficios en perjuicio de los contribuyentes respectivos.

### **5.5. Ventanilla Única**

Cada ZEE contará con una Ventanilla Única para simplificar y agilizar los trámites necesarios para construir, desarrollar, operar y administrar la Zona; realizar actividades económicas productivas de la misma, o instalar y operar empresas en el Área de Influencia.

Se establecerá mediante acuerdo conjunto emitido por la Comisión Federal de Mejora Regulatoria, las dependencias y entidades paraestatales, así como las entidades federativas y los municipios que hayan suscrito el Convenio de Coordinación. Las funciones de la Ventanilla serán las siguientes:

- I. Servir como punto de contacto en la recepción y atención de los trámites, entre los Administradores Integrales e inversionistas, y las autoridades competentes;
- II. Orientar y apoyar a los Administradores Integrales e inversionista sobre los trámites y requisitos que deben cumplir;
- III. Recibir las solicitudes y promociones de los Administradores Integrales e inversionistas relacionados con la ZEE;
- IV. Dar seguimiento al trámite correspondiente y, a solicitud de los Administradores Integrales e inversionistas, informar sobre el estado que guarda el mismo;
- V. Promover que la autoridad competente participante en la Ventanilla Única resuelva de manera oportuna el trámite promovido por los Administradores Integrales e inversionistas;
- VI. Ejercer las funciones previstas respecto a las personas interesadas en instalar u operar empresas en las Áreas de Influencia.

### **5.6. Consejo Técnico de la Zona**

Cada zona contará con un Consejo Técnico de la Zona multidisciplinario y con autonomía en sus funciones, que fungirá como una instancia intermedia entre la SHCP y el Administrador Integral para los efectos del seguimiento permanente y la operación de la misma, la evaluación de desempeño y coadyuvancia para asegurar el cumplimiento de los objetivos de la Ley.

Este Consejo desempeñará las funciones marcadas en la Ley y sus normas reglamentarias, teniendo como principales funciones:

- I. Emitir opinión sobre el Plan Maestro de la Zona y sus modificaciones;
- II. Dar seguimiento al funcionamiento de la ZEE y a las acciones asociadas al Programa;
- III. Evaluar su desempeño y los resultados económicos y sociales en el Área de Influencia, emitiendo un informe a la SHCP;
- IV. Emitir recomendaciones al Administrador Integral;
- V. Opinar sobre las acciones de la Ventanilla Única;
- VI. Opinar sobre los programas de vinculación con empresas y trabajadores locales y responsabilidad social;
- VII. Hacer del conocimiento de las autoridades las irregularidades que detecte en relación con la operación de la zona.

### 5.7. Establecimiento y Operación de las ZEE

Conforme al artículo 19, para la construcción, desarrollo, administración y mantenimiento de una zona se requerirán Permisos o Asignaciones, que serán otorgados por la SHCP y se regirán de conformidad con lo siguiente:

- I. Permisos. Podrán otorgarse a sociedades mercantiles constituidas conforme a la legislación mexicana hasta por 40 años, tomando en cuenta, cuando menos la infraestructura existente, los montos de inversión que se requieran por parte del Administrador Integral para el cumplimiento de los objetivos. Estos permisos se podrán prorrogar por un periodo más.
- II. Asignación. Se otorgará a las entidades paraestatales de la Administración Pública Federal cuando el Ejecutivo Federal considere que sea el más viable para desarrollarla.

Los Permisos y Asignaciones podrán ser revocados al Administrador Integral por diversas causas, entre las que destacan: a) Incumplir con las disposiciones fiscales o aduaneras establecidas; b) No iniciar actividades de construcción y desarrollo en un periodo de 180 días; c) Interrumpir injustificadamente actividades por 3 días en la ZEE; d) Incumplir con las bases de regulación tarifaria establecida en el Permiso o Asignación; e) Permitir la realización de actividades económicas productivas en la ZEE a personas que no cuenten con la Autorización correspondiente; f) Omitir presentar el Plan Maestro; g) etcétera.

### 5.8. Bienes y Derechos

Para el establecimiento de la ZEE la Ley califica su construcción, mantenimiento, ampliación y desarrollo, como causa de utilidad pública, lo cual tiene efectos para la eventual aplicación de las medidas previstas en la Ley de Expropiación, cuando se requiera para proveer bienes y servicios para tales actividades.

Se establece por regla general que corresponderá a la Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano, la gestión del procedimiento expropiatorio, incluida la emisión de la declaratoria de utilidad pública y la tramitación del expediente a que se refiere la Ley de Expropiación.

## 6. Valoraciones críticas sobre la Ley de ZEE y conclusiones

Con la aprobación de la LFZEE, se pretende brindar mayor apertura a la productividad de las zonas territoriales estratégicas, creando nuevos polos de desarrollo, con la finalidad de disminuir las brechas de desarrollo regional



y mejorar la calidad de vida de la población que vive en condiciones de pobreza extrema, a través de la creación de servicios básicos como educación, salud, trabajos bien remunerados, capacitación, creación de infraestructura, entre otros.

Estas zonas no serán iguales unas a otras, ya que dependerán de los recursos estratégicos y de la conectividad con las que cuenten cada región, es decir, serán trajes hechos a la medida para cada región, con la finalidad de potenciar el desarrollo económico y social tomando en cuenta las fortalezas de cada región.

La estrategia de crear las ZEE a través de una Ley y no por otras figuras jurídicas tiene gran relevancia, pues los inversionistas nacionales y extranjeros tendrán certidumbre jurídica con sus inversiones y el Ejecutivo Federal dará continuidad a las políticas públicas necesarias para lograr el objetivo planteado a través de su implementación, trascendiendo más allá de los ciclos políticos del país.

La Ley contiene los elementos estructurales y jurídicos necesarios para la determinación, creación, operación, control, vigilancia, la participación de los diferentes niveles de gobierno, sociedad y académicos, así mismo contempla aspectos muy importantes de transparencia y rendición de cuentas ante la sociedad y un esquema sancionatorio para todos los participantes de las ZEE.

Otro aspecto que destaca de la Ley, son los plazos de revisión del Programa de Desarrollo y el Plan Maestro de la Zona, lo cual permite ir haciendo ajustes para alcanzar el desarrollo planteado conforme evoluciona la actividad económica nacional y/o internacional, dependiendo de la vocación de cada ZEE.

Finalmente, se considera que se ha dado un primer paso importante en la creación de las ZEE; la tarea pendiente es la emisión de las leyes secundarias, el Reglamento de la Ley y la emisión de los Decretos presidenciales para que queden jurídicamente integradas las ZEE. Sin embargo, el mayor reto que se tiene es su correcta implementación, es decir, que toda la estructura jurídica y administrativa creada en torno a las zonas, se puedan concretar en proyectos de inversión altamente productivos, que incluyan las ventajas naturales y estratégicas de cada región, para crear un desarrollo económico que se traduzca en un incremento en la calidad de vida de los habitantes de dichas regiones.

## REFERENCIAS

### **Bibliográficas:**

Banco Mundial, *Desarrollando el potencial exportador de América Central*, Departamento de Financiamiento y Desarrollo del Sector Privado, Unidad Gerencial del País, América Central, Región de América Latina y el Caribe, Octubre de 2012.

### **Iniciativas y dictámenes:**

Cámara de Diputados, *Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley Federal de Zonas Económicas Especiales y se adiciona el artículo 9 de la Ley General de Bienes Nacionales*.

Cámara de Diputados, *Dictamen de la Iniciativa con Proyecto de Decreto por el se expide la Ley Federal de Zonas Económicas Especiales y se adiciona el artículo 9 de la Ley General de Bienes Nacionales*.

Cámara de Senadores, *Minuta de Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley Federal de Zonas Económicas Especiales y se adiciona el artículo 9 de la Ley General de Bienes Nacionales*.

Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley de Zonas Económicas Especiales, Libres y de Promoción que presenta el senador Roberto Armando Albores Gleason del grupo parlamentario del Partido Revolucionario Institucional en la LXII Legislatura.

Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley de Zonas Económicas Estratégicas que presentan Armando Ríos Piter, Francisco de Paula Búrquez Valenzuela, Luis Armando Melgar Bravo, Zoé Robledo Aburto, Ángel Benjamín Robles Montoya, Héctor Larios Córdova, Luz María Beristain, Ernesto Ruffo Appel, Mario Delgado Carrillo, Víctor Hermosillo y Celada, Roberto Gil Zuarth, Senadores integrantes de la LXII Legislatura del Honorable Congreso de la Unión.

### **Normativas:**

Ley General de Sociedades Mercantiles.

### **Electrónicas:**

Asean Briefing, "Special Economic Zones in Myanmar", 28 July 2013, en <http://www.aseanbriefing.com/news/2013/06/28/special-economic-zones-in-myanmar.html>, consultado el día 27 de mayo de 2016.

Bancomext, *Zonas Económicas Especiales en México*, disponible en [www.bancomext.gob.mx](http://www.bancomext.gob.mx), consultado el día 27 de mayo del 2016.

Board of Investment Pime Minister´s Office Government of Pakistan, “Special Economic Zones”, en: <http://boi.gov.pk/InvestmentGuide/SEZ.aspx>, consultado el día 27 de mayo del 2016.

Deloitte Touche Tohmatsu Limited, “Taxation and Investment in Latvia 2013. Reach, relevance and reliability”, en: <http://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/global/Documents/Tax/dttl-tax-latviaguide-2013.pdf>, consultado el día 27 de mayo del 2016.

INDOLINK Consulting 2013, “El gobierno puede desechar la política SEZ” *Blog sobre Negocios en Inida-INDOLINK Consulting* en: <https://indolinkspanish.wordpress.com/tag/sez>, consultado el día 27 de mayo de 2016.

Investment and Development Agency of Latvia, “Tax Incentives-Special Economic Zones” en: <http://www.liaa.gov.lv/invest-latvia/competitive-advantages/business-incentives/tax-incentives-0>, consultado el día 27 de mayo del 2016.

Kpmg in Myanmar “Special Economic Zones Law in Myanmar” en Myanmar Tax Alert, en: [http://www.kpmg.com/MM/en/IssuesAndInsights/ArticlesPublications/TaxAlert/Documents/Tax\\_Alert\\_SEZ-1.pdf](http://www.kpmg.com/MM/en/IssuesAndInsights/ArticlesPublications/TaxAlert/Documents/Tax_Alert_SEZ-1.pdf), consultado el día 27 de mayo del 2016.

Ministry of Commerce and Industry, 2014, “Special Economic Zones in India”, en: <http://sezindia.nic.in/about-introduction.asp>, consultado el día 27 de mayo del 2016.

Tae Kim, Sun, “About FIZs, FTZs and FEZs”, Invest. Korea, en: <http://blog.investkorea.org/wordpress/?p=3431>, consultado el día 27 de mayo del 2016.

### **Hemerográficas:**

GONZÁLEZ GARCÍA, JUAN, MEZA LORA, JOSÉ SALVADOR, “Shenzhen, zona económica especial: Bisagra de la apertura económica y el desarrollo regional chino”, *Problemas del desarrollo. Revista latinoamericana de economía*, vol. 40, núm. 156, enero-marzo, 2009.

CERVANTES GÓMEZ, JUAN CARLOS; “China, promoción y fomento al empleo y su marco jurídico; *Quórum legislativo*, núm. 106, julio-septiembre 2011.

# De la desregulación a la regulación de la autorregulación de las empresas en México

Jorge Alberto Estrada Cuevas<sup>1</sup>

**Resumen:** En el presente ensayo proponemos la implementación de políticas públicas, para instrumentar la regulación de la autorregulación de las empresas, con el propósito de garantizar los derechos fundamentales de las personas, tales como el derecho a un medio ambiente limpio, el respeto a la salud humana, animal y vegetal y el trabajo bien remunerado en condiciones dignas.

**Palabras clave:** Desregulación, mejora regulatoria, autorregulación, regulación de la autorregulación, políticas públicas, derechos fundamentales, garantías.

**Abstract:** *In this essay we propose the implementation of public policies, to implement the regulation of self-regulation of the companies, for the purpose of guaranteeing the fundamental rights of people such as the right to an environment clean, the respect to the human health, animal and vegetable, and well-paid work in decent conditions.*

**Key words:** *Deregulation, improved regulatory, self-regulatory, regulation of self-regulation, policy, rights based, guarantees.*

## a) La regulación de la desregulación

Es a cargo del Estado, regular y promover la actividad económica del país.

El Estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional, y llevará al cabo la regulación y fomento de las actividades que demande el interés general en el marco de libertades que otorga la Constitución.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Licenciado y Maestro en Derecho por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, Doctor en Derecho por el Colegio de Morelos. Magistrado Presidente del Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Morelos. Correo electrónico: jorgestrada67@gmail.com

<sup>2</sup> Cfr. Artículo 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Conforme al texto del artículo 25 constitucional, el fomento del crecimiento económico del país, se sustenta en la competitividad, entendida ésta como el conjunto de condiciones necesarias para generar un mayor crecimiento económico, promoviendo la inversión y la generación de empleos.

El citado precepto constitucional establece la obligación al Estado de llevar al cabo la *regulación* y fomento de las actividades que demande el interés general dentro de un marco de libertades.

Al desarrollo económico nacional concurrirán, con responsabilidad social, el sector público, el sector social y el sector privado, sin menoscabo de otras formas de actividad económica que contribuyan al desarrollo de la Nación.

En este sentido, es a cargo del legislador producir la regulación normativa que incentive la actividad económica que permita la generación de riqueza, y que la riqueza se distribuya equitativamente evitando las concentraciones y daños medio ambientales.

La *regulación*, son las disposiciones mediante las cuales, el gobierno interviene en los mercados para fijar precios o cantidades de la producción, o establecer especificaciones técnicas y en general, restricciones que deben cumplir los ciudadanos y las empresas para participar en el mercado.<sup>3</sup>El término implica una intervención pública, principalmente a través del derecho administrativo y mediante las potestades de policía, de verificación y control.

Estas regulaciones o reglas que pueden ser leyes, reglamentos, decretos, acuerdos presidenciales, acuerdos secretariales, normas oficiales, circulares o lineamientos; pretenden garantizar el funcionamiento eficiente de los mercados, generar certeza jurídica, garantizar derechos de propiedad, evitar daños inminentes, o bien, atenuar o eliminar daños existentes a la salud, al bienestar de la población, a la salud animal y vegetal, al medio ambiente, a los recursos naturales o a la economía del país.

Sin embargo, al abordar esta responsabilidad, se ha producido una sobre reglamentación o inflación legislativa que produce el efecto contrario. Una regulación excesiva, mina la oportunidad de crecimiento y nulifica la competitividad como eje rector de la economía del país. Dicho en otras palabras el exceso de regulación, desalienta la inversión; o bien, se convierte en barrera proteccionista que privilegia a empresas establecidas sobre nuevos emprendedores e inhibe la apertura de nuevas negociaciones mercantiles —ya sea de personas físicas o morales—. Este fenómeno y la intervención excesiva de la

---

<sup>3</sup> Cfr. ¿Qué es la regulación? en <http://www.cofemer.gob.mx/contenido.aspx?contenido=89>

Administración Pública han puesto de manifiesto, la necesidad de reducir las trabas al nacimiento de nuevas empresas. Por otra parte, la sobrerregulación o la regulación dispersa y ambigua es aprovechada, con ventaja, por quienes poseen los recursos financieros sobre los que carecen de ellos y encuentran vetas de explotación comercial libres de tutela jurisdiccional, sin considerar los daños medioambientales. Por esta razón, la disposición constitucional en comento, involucra, en el fomento del crecimiento económico, a todos los sectores para lograr equilibrios que al Estado interventor escapan.

La Ley Federal de Procedimiento Administrativo, en mi opinión, inicia lo que podríamos calificar como *regulación de la desregulación*, con el objetivo de implementar políticas públicas orientadas a permitir mayor acceso a un mayor número de personas, a las actividades productivas y económicas del país, sin renuncia de las potestades de policía o sancionadoras del Estado.

Mediante esta ley fue creada la Comisión Federal de Mejora Regulatoria (COFEMER), como un organismo desconcentrado de la Secretaría de Economía del Gobierno Federal, con autonomía técnica y operativa que tiene a su cargo implementar políticas públicas que permitan transparencia en la elaboración y aplicación de regulaciones de actividades productivas en sectores específicos de la actividad económica del país.

Es así que inicia la depuración de la sobre regulación y se instala como política pública la *mejora regulatoria* para la simplificación administrativa. Un mayor acceso y mayores oportunidades a los individuos y a las empresas para incursionar en la actividad económica, como generadores de riqueza y de empleos.

La COFEMER lleva a cabo las siguientes funciones<sup>4</sup>:

1. Revisa el marco regulatorio nacional, diagnostica su aplicación y elabora propuestas legislativas y administrativas, así como programas para mejorar la regulación en actividades o sectores económicos específicos.
2. Analiza y dictamina las regulaciones que pretenden emitir las dependencias y los organismos descentralizados del Gobierno Federal, a fin de garantizar que su impacto, en términos de beneficios sociales, sean mayores a sus costos.
3. Administra el Registro Federal de Trámites y Servicios que es un inventario de los trámites de la Administración Pública Federal. Las Dependencias y Organismos Descentralizados no pueden aplicar trámites

<sup>4</sup> Cfr. Artículo 69-E de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.

adicionales a los inscritos en este registro ni aplicarlos en forma distinta a lo que se establezca en el mismo.

4. Brinda asesoría técnica en materia de mejora regulatoria a las entidades federativas y municipios del país, misma que consiste en promover leyes de mejora regulatoria locales, adecuaciones a reglamentos y bandos locales, sistemas de apertura rápida de empresas y consejos estatales y municipales de mejora regulatoria.

La mejora regulatoria como política pública transita sobre tres vertientes: regulación económica, regulación administrativa y la regulación social. La primera se constituye por las disposiciones legislativas o administrativas, mediante las cuales el gobierno interviene en los mercados para fijar precios o cantidades de la producción, o establecer especificaciones técnicas y en general, restricciones que deben cumplir los ciudadanos y las empresas para participar en los mercados; la segunda, es la que organiza el funcionamiento de la propia Administración Pública para proveer bienes y servicios públicos; y, la tercera, se constituye por las disposiciones que tienden a proteger el medio ambiente, la salud humana, animal y vegetal; así como para establecer condiciones para el ejercicio de profesiones y para las relaciones laborales.

Es decir, la *mejora regulatoria*, como política pública, se enfoca a la promoción de cambios al marco jurídico para generar los mayores beneficios a la sociedad con los menores costos posibles.

Al proceso de simplificación normativa también se le conoce como “guillotina regulatoria”. La guillotina puede ser un medio eficaz para reducir la burocracia innecesaria y así poder alcanzar un sistema más cuidadosamente reglamentado.<sup>5</sup>

La estrategia de simplificación normativa, o lo que en particular califico como *regulación de la desregulación* “tiene el objeto de revisar un gran número de normas, eliminando las que ya no son necesarias, sin la necesidad de acciones legales largas y costosas en cada reglamento. Se trata de un enfoque sistemático y transparente para revisar, eliminar, y racionalizar las regulaciones comerciales, que proporciona una solución rápida a los problemas más críticos de la regulación innecesaria e ineficiente, y crea una oportunidad para construir un sistema permanente de control de calidad de la reglamentación de nuevos negocios para evitar la reaparición de los mismos problemas.”<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Ginebra Serrabou, Xavier. Mejorando la Mejora Regulatoria: Presente, pasado y futuro de la Comisión Federal de Mejora Regulatoria. Edición del Centro de Investigación para el Desarrollo, A.C. (CIDAC), México, 2013, pág. 16.

<sup>6</sup> Ídem.

A través de la desregulación, lo que se pretende, es la reducción de las normas y los controles públicos que impidan o dificulten el desarrollo de la iniciativa privada. “Así pues, la desregulación nos remite, por un lado, a la desreglamentación –entendida como la eliminación de regulaciones superfluas e innecesarias, la reducción del volumen de las normas y su articulación en reglamentaciones más coherentes–, y, por otro, a la relajación de los controles públicos –desburocratización, simplificación procedimental y simplificación administrativa–.”<sup>7</sup>

R. Martín Mateo, citado a pie de página por Darnaculleta, refiere que la desregulación reside en la adopción de medidas que consisten básicamente en la eliminación, por las instancias públicas competentes, de restricciones y constricciones que afectan las decisiones empresariales.<sup>8</sup>

No es el caso abordar aquí, los resultados alcanzados en la última década en materia de desregulación, sino significar un fenómeno legislativo: por una vertiente los órganos legislativos (locales y federales), y las autoridades administrativas (federales, estatales y municipales) implementan disposiciones normativas que disuaden la productividad y la incursión de nuevos competidores en las actividades económicas del país, tanto en la economía macro como en la micro; o nacional, regional o local; y por otro lado una actividad intensa de evaluación de esa normatividad para eliminar trámites innecesarios, que paradójicamente, a la vez, se convierten en trámites burocráticos.

El objetivo es disminuir la inflación reglamentaria que inhibe la inversión, fomenta la informalidad y propicia la corrupción. Desde luego que el de la desregulación también lo es la sustentabilidad de las empresas, la generación de empleos bien remunerados en condiciones de desarrollo dignos y la detonación económica.

En la regulación, a veces se establecen trampas administrativas que las empresas deben sortear en su incursión en la vida económica y productiva del país. Esta política de desregulación por una parte, y de mejora regulatoria como intervención pública por la otra, no llegan al seno mismo de las empresas, en las cuales rigen sus propias disposiciones estatutarias y sus propios códigos de conducta.

---

<sup>7</sup> Darnaculleta I Gardella, Ma. Mercé. AUTORREGULACIÓN Y DERECHO PÚBLICO: LA AUTORREGULACIÓN REGULADA, Editorial Marcial Pons, Madrid, España, 2005, pág. 76.

<sup>8</sup> Ídem.



## b) La autorregulación de las empresas

En la actualidad, el Estado o la actividad reguladora del Estado, se enfrenta a los poderes facticos, dando la impresión de una merma en su soberanía. Existen espacios, en donde el poder empresarial, se autogobierna, se auto regula y se auto tutela extramuros del orden jurídico imperante. Es en estos espacios, en donde inicia la autorregulación de las empresas como exigiendo una desregulación o un límite a la regulación de las actividades económicas y productivas. En los distintos ámbitos privados, la autorregulación se constituye como la potestad de establecer reglas por parte de cada sujeto dentro de su esfera de acción, estableciendo —de manera voluntaria y quizás espontánea— normas deontológicas y códigos de autocontrol.<sup>9</sup>

La economía global exige a la comunidad internacional, a cada Estado democrático, una desregulación de las actividades económicas internas; exige la liberación del comercio y la inversión de agentes internacionales así como la privatización de las empresas públicas.

En el sistema legal tradicional mexicano, ya habíamos apunado, existe una intervención pública en las actividades económicas y productivas del país con el objeto de propiciar la competitividad y el acceso y apertura a un mayor número de agentes económicos. Esta intervención pública, dijimos, viene disminuida con la *desregulación* y la *regulación de la desregulación* como política pública; sin embargo, en sectores como la banca, las telecomunicaciones, los gremios profesionales entre otros, se prefiere la autorregulación a la heterorregulación; incluso, se prefieren mecanismos auto compositivos para la solución de conflictos. En el plano internacional, piénsese por ejemplo en la Federación Internacional de Fútbol; en el local, en las empresas de radio y televisión.

La radio, la televisión, la prensa escrita, la publicidad e Internet, ya cuentan con mecanismos de autorregulación, muchas veces relacionados con la metodología y la selección de determinados contenidos que puedan afectar severamente a la sociedad, o bien, con prácticas comerciales.

Una de las características de la autorregulación, es la autonomía privada de la voluntad; entendiéndose este concepto como el principio jurídico-filosófico que les atribuye a los individuos un ámbito de libertad, dentro del cual

---

<sup>9</sup> México, Secretaría de Economía, Gobierno Federal [en línea], ESTUDIO DE AUTORREGULACIÓN EN MATERIA DE PRIVACIDAD Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN EL ÁMBITO DE LAS TI. 5ª. Entrega: Versión Final. [consultado 10-05-16], formato PDF, pág. 13, disponible en [https://prosoft.economia.gob.mx/Imagenes/ImagenesMaster/Estudios%20Prosoft/FREF\\_04.pdf](https://prosoft.economia.gob.mx/Imagenes/ImagenesMaster/Estudios%20Prosoft/FREF_04.pdf).

pueden regular sus propios intereses; permitiéndoles crear relaciones obligatorias entre ellos, que deberán ser reconocidas y sancionadas en las normas de derecho.<sup>10</sup>

La autonomía privada —nos dice Lastra Lastra—, es libertad individual que permite hacer o no hacer, otorgar al individuo una esfera de actuación, es un reconocimiento del valor jurídico de sus actos que serán vinculantes y preceptivos.<sup>11</sup> De acuerdo con el autor, la autonomía privada permite la realización de actos de autodeterminación y de autorregulación de intereses propios, incluso gremiales o colectivos. Los negocios de la vida privada asumen la calidad de negocios jurídicos.<sup>12</sup> El derecho proporciona a los particulares la posibilidad de regir sus intereses en la vida de relación. La función reglamentaria de la autonomía privada establece que las obligaciones derivadas de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, sólo tienen como límite el orden público y las buenas costumbres. En los contratos civiles, es tradicional que cada uno se obligue en la forma y términos que aparezca que quiso obligarse, con la salvedad de que el fin o motivo determinante de la voluntad no sea contrario al orden público ni a la moral o a las buenas costumbres.<sup>13</sup>

Como se apunta, la autorregulación en la vida privada de las empresas puede discurrir en negocio jurídico y como tal en fuente de las obligaciones; sin embargo, en la mayoría de los casos, la autorregulación de la actividad de los agentes empresariales, solo se constriñe a buenas practicas, directivas o parámetros de comportamiento ético y el compromiso de cumplirlos pero sin una consecuencia real o verdadera frente a su incumplimiento.

Esteve Pardo explica que la autorregulación no responde tanto a un impulso desregulador, como a la contraria pretensión del legislador y los poderes públicos de ofrecer una regulación más rigurosa, vertical, adentrándose en el núcleo crucial y más complejo de la materia de que se trate y señala que esa pretensión se topa con núcleos duros de densa complejidad —técnica, ética, científica, económica, etc.—, para ceder esos espacios a la autorregulación a cargo de expertos con mayor conocimiento.<sup>14</sup>

<sup>10</sup> Ibidem, pág. 14

<sup>11</sup> Lastra Lastra, José Manuel. Paradojas de la Autonomía de la Voluntad en las Relaciones de Trabajo [en línea] Biblioteca Jurídica Virtual. Revista de Derecho Privado. Nueva Serie, Nueva Época, Año II, Número 5, mayo-agosto de 2003, ISSN 0188-5049 [consultado 21-05-16], formato PDF disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/5/dtr/dtr4.htm>.

<sup>12</sup> Ídem.

<sup>13</sup> Ídem.

<sup>14</sup> Cfr. Prólogo de José Esteve Pardo en AUTORREGULACIÓN Y DERECHO PÚBLICO: LA AUTO-

La autorregulación relacionada con la gestión empresarial tiene algunas particularidades destacables que Darnaculleta i Gardella explica de la siguiente manera<sup>15</sup>:

La primera de ellas se relaciona con la cobertura jurídica e institucional, la forma específica que adopta la autorregulación de este subsistema social: la empresa. Efectivamente, una empresa es una organización de capital y trabajo que tiene por objeto la prestación de bienes y servicios al mercado a cambio de la obtención de beneficios económicos. Pero ante todo, una empresa es una institución que se identifica con un ordenamiento jurídico privado —el derivado de sus estatutos y reglamentos internos— y con un poder privado, también reconocido jurídicamente — el poder empresarial.

En segundo lugar, la gestión empresarial está directamente relacionada con el ejercicio de un derecho fundamental: la libertad de empresa. Los poderes públicos deben limitar su injerencia en este ámbito a las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación. Por ello, a diferencia de lo ocurrido en el campo de la transmisión de los conocimientos profesionales, los procedimientos, las técnicas y las reglas que acompañan la gestión empresarial no han salido nunca del ámbito de la sociedad. Los poderes públicos, en su actividad de regulación del mercado, no han penetrado, tradicionalmente, el umbral de la puerta de las empresas.

Y señala:

Otras particularidades de la autorregulación en el seno de las empresas son consecuencia de algunos de los problemas que, en los últimos años, se vienen planteando en el interior de estas y que tienen que ver con el aumento de su complejidad técnica, organizativa y ética.

El incremento en la complejidad técnica y organizativa de las empresas pone de manifiesto la necesidad de establecer sistemas coherentes de autorregulación que permitan controlar los riesgos tecnológicos generados por los propios procesos de producción, e imponer a los empleados el cumplimiento de los objetivos marcados por la propiedad y por la dirección, de acuerdo con los criterios y técnicas más adecuados. Aparecen así, reglamentos internos, manuales de buenas prácticas, descripciones escritas de las relaciones de producción, protocolos de actuación y de seguimiento de la actividad empresarial, o sistemas de control y gestión de riesgos.

La separación entre la propiedad y la dirección, derivada también de la complejidad organizativa, constituye otro problema digno de mención. El aumento del número de empresas que se nutren de inversores anónimos, a través de su cotización en la bolsa, y la consiguiente necesidad de ofrecer confianza a estos inversores, da lugar a la aparición de códigos de buen gobierno o normas internas que intentan garantizar la transparencia de la gestión.<sup>16</sup>

Es decir, las empresas, en su creación, formación o constitución, se rigen por el principio de autonomía que excluye cualquier injerencia del Estado. La gestión empresarial, se realiza, bajo principios de autorregulación; de normas que les son propias para el desarrollo del objeto social, pero que no siempre armonizan con el interés general cuya tutela corresponde a los poderes públicos.

---

RREGULACIÓN REGULADA, Editorial Marcial Pons, Madrid, España, 2005, pág. 11.

<sup>15</sup> Darnaculleta I Gardella, Ma. Mercé. AUTORREGULACIÓN Y DERECHO PÚBLICO: LA AUTORREGULACIÓN REGULADA, Editorial Marcial Pons, Madrid, España, 2005, pág. 73.

<sup>16</sup> *Ibidem* pág. 73-74.

En este sentido, el Estado no se puede permitir una renuncia de tutela de ciertos bienes como son el medio ambiente, la salud humana, vegetal o animal, o la seguridad entre otros, y dejar en manos de la iniciativa privada dicha tutela.

### **c) Regulación de la autorregulación o autorregulación regulada**

Así como se inició un proceso inflacionario de regulaciones a las actividades económicas y productivas del país, para luego aplicar una guillotina desregulatoria y abreviar en la mejora regulatoria como política pública, en nuestra opinión, la autorregulación debe transitar por los mismos senderos.

La sofisticación tecnológica y organizativa de las empresas se constituye como barrera de regulación pública; son espacios cedidos a la autorregulación de la iniciativa privada; no obstante, en nuestra opinión, no pueden constituir zonas exentas de control por parte de la Administración Pública; principalmente cuando entran en juego determinados bienes jurídicos instituidos como derechos fundamentales sobre los cuales, la sociedad exige cobertura jurídica. Garantizar un nivel adecuado de protección de los bienes y derechos constitucionalmente protegidos sigue siendo un imperativo irrenunciable. Las facultades de policía, de ningún modo pueden quedar en manos de la iniciativa privada y el Estado no puede renunciar a su potestad de control y vigilancia.

La autorregulación sin regulación estatal puede convertirse en una trampa. Empresas nacionales y transnacionales aprovechan los controles internos o la autorregulación para persuadir la intervención estatal; simulan ser responsables con el medio ambiente para obtener la aprobación social pero sus motivaciones no son otras que el lucro y el poder económico. También se puede utilizar la autorregulación como una forma de exclusión de nuevos competidores, quienes de entrada no pueden cumplir con parámetros de procedimientos técnicos, por carecer precisamente de las tecnologías más recientes.

La autorregulación de las empresas altamente contaminantes, por dar un ejemplo, desde un punto de vista ético y social, tiende a establecer mecanismos de control interno de carácter privado con el objeto de minimizar los riesgos o daños que producen, pero, no resultan efectivas sin el escrutinio estatal. Pensemos en el caso *volks wagen*, que llevó a esa empresa a alterar los mecanismos de cierto tipo de vehículos para burlar las normas ambientales.

Desde esta perspectiva, a nuestro modo de ver, la autorregulación, si bien resulta necesaria puesto que existen espacios de la iniciativa privada que no

pueden ser invadidos por los poderes publicos, específicamente por la Administración Pública, y el principio de libre empresa, si puede convertirse en una política pública, al igual que sucede con la *mejora regulatoria*.

Así, consideramos que la autorregulación, en un esquema vinculante, debe enmarcarse en una estrategia pública de regulación, para arribar a nuevas formas de regulación pública caracterizadas por esquemas procedimentales que tengan por objeto la regulación de la autorregulación.

El carácter vinculante como resultado de la autorregulación regulada o regulación pública de la autorregulación, se entiende como el proceso de autorregulación con fines publicos que puede imponerse por la Administración Pública a los diversos sectores productivos o empresariales.

Es decir, una política pública en la que el Estado, tienda a instrumentalizar las normas y los controles privados, poniéndolos al servicio de fines publicos. Actualmente, se apuesta a la ética y compromisos medioambientales que puede tener cada empresa. No obstante, el control estatal no puede ser ajeno.

Es verdad que en términos constitucionales, corresponde al Estado la rectoría económica del país y que a los poderes publicos, principalmente al legislativo le corresponde regular —en normas generales— los mercados; es cierto también que conforme a esas reglas el ejecutivo, a través de la Administración Pública y ciertas medidas reglamentarias vigila, y en su caso sanciona, la actividad de los agentes económicos, pero es cierto también, que hasta el momento en México, no se han implementado políticas públicas para regular la autorregulación de la iniciativa privada. En la regulación de la desregulación se pretende abatir la sobre reglamentación; en la regulación de la autorregulación, la idea es combatir la anemia legislativa.

Posiblemente un organismo desconcentrado homologo a la COFEMER podría ser el inicio para adoptar estas medidas regulatorias, muy necesarias para privilegiar el Estado de derecho y garantizar los derechos públicos fundamentales. Al transitar hacia un Estado de derecho garante, es preciso que en estos rubros existan también mecanismos de defensa de ciertos derechos colectivos sobre los cuales hoy en día se ha creado mayor conciencia. El amparo, como recurso breve y sencillo para hacer efectivos los derechos fundamentales, no ha penetrado en la esfera privada, para contener abusos del poder empresarial.

La garantía de respeto a los derechos fundamentales, está en la regulación pública de la autorregulación y en el establecimiento de mecanismos o medidas de autorregulación vinculante; en parámetros que desarrollen principios generales a seguir por las empresas en sus procesos de auto control y autorregulación.

## REFERENCIAS

### Bibliográficas

DARNACULLETA I GARDELLA, MA. MERCÉ. *AUTORREGULACIÓN Y DERECHO PÚBLICO: LA AUTORREGULACIÓN REGULADA*, Editorial Marcial Pons, Madrid, España, 2005

GINEBRA SERRABOU, XAVIER. *Mejorando la Mejora Regulatoria: Presente, pasado y futuro de la Comisión Federal de Mejora Regulatoria*. Edición del Centro de Investigación para el Desarrollo, A.C. (CIDAC), México, 2013

MERCADO YEBRA, JOAQUÍN Y LUZ MARÍA IBARRA URIBE (Coordinadores), *La Empresa en México, teoría y Práctica*, Editorial Fontamara, México, 2011.

### Electrónicas

LASTRA LASTRA, JOSÉ MANUEL. *Paradojas de la Autonomía de la Voluntad en las Relaciones de Trabajo* [en línea] Biblioteca Jurídica Virtual. Revista de Derecho Privado. Nueva Serie, Nueva Época, Año II, Número 5, mayo-agosto de 2003, ISSN 0188-5049. Disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/5/dtr/dtr4.htm>.

México, Secretaria de Economía, Gobierno Federal [en línea], *ESTUDIO DE AUTORREGULACIÓN EN MATERIA DE PRIVACIDAD Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN EL ÁMBITO DE LAS TI. 5ª*. Entrega: Versión Final. Disponible en [https://prosoft.economia.gob.mx/Imagenes/ImagenesMaster/Estudios%20Prosoft/FREF\\_04.pdf](https://prosoft.economia.gob.mx/Imagenes/ImagenesMaster/Estudios%20Prosoft/FREF_04.pdf).

<http://www.cofemer.gob.mx>

### Legislación

México, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.

Ley Federal de Procedimiento Administrativo.

# La Empresa Socialmente Responsable en torno a la Discriminación Laboral por razón de edad

Antonio Sorela Castillo<sup>1</sup>

**Resumen:** La presente investigación versa sobre como las Empresas enfrentan el reto en la convocatoria y contratación de trabajadores frente a la discriminación laboral por razón de edad y de esta manera se convierten en Empresas Socialmente Responsables, asimismo se analizan las Constituciones Políticas de las Entidades Federativas de México, las cuales discriminan el acceso al servicio público en torno a la edad.

**Palabras clave:** Derechos Humanos, Empresa Socialmente Responsable, Discriminación, Joven, Persona Mayor, Trabajador, Trabajo.

***Abstract:** The present investigation is about how the companies face the challenge in the call and hiring of workers against the labor discrimination due to age and in this way they become Socially Responsible Companies, as well as the Political Constitutions of the Federative Entities of México, Which discriminate access to the public service around age.*

***Key words:** Human Rights, Socially Responsible Company, Discrimination, Young, Senior, Worker.*

---

<sup>1</sup> Profesor de la Universidad Iberoamericana, miembro de Amnistía Internacional, Director de Derechos Humanos de la Secretaría de Gobierno del Estado de Morelos. Correo electrónico: aleros\_kas11@hotmail.com

## Introducción

Hablar de la responsabilidad de las empresas hasta hace poco tiempo no tenía mucho eco, en virtud que el término empresa remitía inmediatamente a “utilidades”, sin embargo, hoy en día esta concepción no es aceptable, toda vez que además de sus ganancias la empresa debe tomar en cuenta que las actividades derivadas de su giro comercial pueden afectar a sus empleados e incluso a personas que no teniendo la calidad de “trabajador” se pueden ver afectados en sus derechos humanos.

Ahora bien, la presente investigación se reduce a un tema enlazado con la responsabilidad que deben tener las empresas en torno a la no discriminación por razón de edad en el Estado mexicano, toda vez que muchas personas en diversas partes del mundo sufrieron, sufren y desafortunadamente sufriran en un futuro discriminación por el solo hecho de ser jóvenes o adultos mayores y en algunos casos personas que no colocándose en alguna de las categorías antes mencionadas también sufren tal discriminación, por lo que analizaremos la responsabilidad que deben asumir las empresas sean privadas o públicas, la obligación que tienen de tutelar el respeto del derecho humano de la no discriminación, que incluye desde la convocatoria y la contratación, así también se analizará sobre el caso específico de las Constituciones de cada Entidad Federativa del Estado mexicano en donde se observa este tipo de discriminación pero en torno a servidores públicos para ocupar el cargo de Magistrado de los tribunales judiciales.

Por otra parte, sin dejar a un lado el tema de la responsabilidad social de las empresas en torno a la discriminación en la convocatoria y contratación de personas, es importante establecer la dimensión integral de la Responsabilidad Social Empresarial, las líneas estratégicas que pueden adoptar las empresas, así como los principios de Responsabilidad Social Empresarial que sugiero adopten todos los empleadores.

## 1. CONCEPTOS GENERALES

### 1.1 Concepto Jurídico de Trabajo

El profesor Roberto Muñoz Ramón nos dice: “el trabajo estructurado y regulado por nuestra rama jurídica, consiste en una actividad humana, material o intelectual, prestada libremente, por cuenta ajena, en forma subordinada para producir beneficios, y debe ser además personal, lícito y remunerado.”<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Muñoz Ramón, Roberto. Derecho del Trabajo. “Instituciones”. T.II. Editorial Porrúa. México. 1983. p.3.



Por último no podemos dejar de invocar nuestra Ley Federal del Trabajo , en virtud que define el concepto de trabajo en su artículo 8. de la siguiente manera: Artículo 8. “toda actividad humana, intelectual o material, independientemente del grado de preparación técnica requerida por cada profesión u oficio.”<sup>3</sup> De lo anterior se deduce que para efectos de nuestra ley, el trabajo es una acción que conlleva a realizar un esfuerzo físico o mental y debe ser realizada estrictamente por un ser humano.

## 1.2 Sujetos de la Relación de Trabajo

Los titulares de los derechos y de las obligaciones de índole laboral son a los que llamamos *sujetos de la relación de trabajo*, estando reconocidos por las leyes laborales de nuestro país así como en instrumentos internacionales, me refiero precisamente al *trabajador, el patrón, sindicato de trabajadores y sindicato de patronos*. Ahora bien me concentraré en analizar el concepto de trabajador y de patrón, para acotar el tema que me concierna, motivo del presente trabajo.

### 1.2.1 El Trabajador

Me permito invocar una definición que aporta el ilustre Guillermo Cabanellas al señalar que el trabajador es “todo aquel que realiza una labor socialmente útil y de contenido económico. Todo el que cumple un esfuerzo físico o intelectual con el objeto e satisfacer una necesidad económicamente útil, aún cuando no logre el resultado.”<sup>4</sup>

Ahora bien, la Ley Federal del trabajo define al trabajador en el artículo 8, tal cual podemos observar: Artículo 8. “Trabajador es toda persona física que presta a otra física o moral, un trabajo personal subordinado.”<sup>5</sup> Sin embargo considero que nuestra legislación es muy estricta en dicho concepto, estimo conveniente que se tuvo que precisar que el trabajo personal que se preste debe tutelar el respeto a la dignidad humana, además que debe ser lícito, bien remunerado y a elección libre.

### 1.2.2 El Patrón

Otro sujeto de la relación individual del trabajo de suma importancia es el

<sup>3</sup> Ley Federal del Trabajo, Art. 8.

<sup>4</sup> Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. T. VII. Vigésimo primera Edición. Editorial Heliasta. Argentina. 1989. p.123.

<sup>5</sup> Ley Federal del Trabajo. P. 3.

patrón, por lo que presento un análisis de su concepto, en sus dos vertientes, como patrón persona física y patrón persona moral.

En este sentido el patrón a diferencia del trabajador, puede ser una persona física o una persona moral, por su parte Muñoz Ramón concibe al patrón como “la persona física o moral, que utiliza por su cuenta y bajo su subordinación, los servicios lícitos, prestados libre y personalmente mediante una retribución, por un trabajador.”<sup>6</sup>

Esta figura “El patrón” es quien ordena y dirige a los trabajadores en lo referente al desarrollo del trabajo, es quien recibe los beneficios de los servicios que prestan los trabajadores, y por ende su obligación es la de pagar una remuneración a los trabajadores por el trabajo prestado.

Como ya se ha comentado el patrón puede ser tanto una persona física como una persona moral, como persona moral puede ser una asociación civil, sociedad civil o una sociedad mercantil.

Ahora bien el patrón como persona física es el ser humano que personalmente tiene contacto directo con los trabajadores y en muchos casos puede ejercer directamente la autoridad de mando sobre ellos en lo relacionado con el trabajo.

El patrón puede ser también una persona moral de naturaleza civil o mercantil, concebimos que una persona moral es un grupo de personas físicas que reúnen sus esfuerzos y capitales para realizar un fin común conforme a derecho y a las cuales la ley les reconoce personalidad jurídica propia con derechos y obligaciones que hacen valer por medio de sus órganos representativos o de las personas físicas que tengan la facultades para ejercer derechos y cumplir obligaciones.

Por su parte la Ley Federal del Trabajo nos aporta una definición de patrón en el artículo 10, primer párrafo de la siguiente forma: “patrón es la persona física o moral que utiliza los servicios de uno o más trabajadores.”<sup>7</sup>

### 1.2.2.1 Empresa

El profesor Juan Palomar nos dice que la palabra empresa proviene del latín “*in-prehensa*, con el significado directo de toma o conquista. Es la entidad formada por el capital y el trabajo, como factores de producción y que se dedica a actividades mercantiles o industriales o de prestación de servicios con fines lucrativos y con la consiguiente responsabilidad.”<sup>8</sup>

<sup>6</sup> Muñoz Ramon, Roberto. Derecho del Trabajo. T. II. Op. Cit. p. 25

<sup>7</sup> Ley Federal del trabajo. Op. Cit. P. 2.

<sup>8</sup> Palomar De Miguel, Juan. Diccionario para Juristas. Editorial Porrúa. México. 2000. p 581.

Existen diversas definiciones que sobre el concepto de Responsabilidad Social Empresarial, sin embargo no dejan claro cómo una empresa puede ponerla en práctica.

### 1.3 Concepto de Responsabilidad Social Empresarial

Responsabilidad Social Empresarial es inherente a la empresa, hoy en día se ha convertido en una nueva forma de gestión y de hacer negocios, en la cual la empresa se ocupa de que sus operaciones sean sustentables en lo económico, lo social y lo ambiental, reconociendo los intereses de los distintos grupos con los que se relaciona, tal como lo ha mencionado el profesor Juan Felipe Cajiga Calderón en un trabajo sobre la búsqueda de un concepto apegado a la realidad, nos dice que se debe entender como “una visión de negocios que integra el respeto por las personas, los valores éticos, la comunidad y el medioambiente con la gestión misma de la empresa, independientemente de los productos o servicios que ésta ofrece, del sector al que pertenece, de su tamaño o nacionalidad”.<sup>9</sup> Ahora bien entendemos que el trabajo presupone una actividad o esfuerzo humano material o intelectual, de forma subordinada, personal, a favor de una persona física o moral, a cambio de una remuneración, existiendo una armonía entre el capital y la clase trabajadora.

En el Estado mexicano, hay un gran avance sobre este tema al haber logrado el consenso de los principales organismos empresariales y de responsabilidad social sobre un concepto y un marco ideológico común, lo que, sin duda, facilita su difusión y comprensión. Es así como todos los organismos de AliaRSE<sup>10</sup> coinciden en entender como:

Responsabilidad Social Empresarial, es el compromiso consciente y congruente de cumplir integralmente con la finalidad de la empresa, tanto en lo interno como en lo externo, considerando las expectativas económicas, sociales y ambientales de todos sus participantes, demostrando respeto por la gente, los valores éticos, la comunidad y el medio ambiente, contribuyendo así a la construcción del bien común.

De tal manera, que entendemos que la responsabilidad empresarial la trae consigo dentro de su función original de la empresa sin que deba

---

<sup>9</sup> Cajiga Calderón, Juan F. Concepto de Responsabilidad Social Empresarial, Centro Mexicano para la Filantropía A.C. México. S.F. P. 2.

<sup>10</sup> Loc. Cit.

entenderse como algo ajeno, mas bien, implica que debe cumplir con ella en virtud que de no hacerlo traera consecuencias negativas o viceversa, afectando o ayudando a las personas relacionadas con su actividad empresarial y en su caso con el resto de la sociedad.

Luego entonces, la Responsabilidad Social Empresarial trae consigo la actuación consciente y comprometida de mejora continua, medida y consistente que permite a la empresa generar valor agregado para todos sus públicos, al mismo tiempo que cumple con las obligaciones contenidas en el sistema jurídico mexicano asi como con los compromisos internacionales de los que México suscribió.

#### 1.4 Concepto de Discriminación

Considero importante de acuerdo a este concepto invocar lo que la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores más adelante (CIPDHPM) considera como Discriminación, haciendo mención que dicho instrumento internacional no ha sido firmado por nuestro país, ahora bien en el articulo 2. Definiciones, dicho instrumento antes mencionado nos dice que debemos entender por discriminación:

“Cualquier distinción, exclusión, restricción que tenga como objetivo o efecto anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública y privada.”<sup>11</sup>

Ahora bien, el investigador Cain nos dice que en economía debemos entender a la discriminación como “las desigualdades de bienestar económico debidas a diferencias de color, raza, género, etc.; como las diferencias de ingresos o salarios entre agentes económicos que tienen el mismo nivel de productividad.”<sup>12</sup> El profesor Cain al emitir este concepto sin duda lo hace desde el punto de vista económico y con gran interés sobre las desigualdades de los trabajadores, resulta importante que dicha teoría fue de las de mayor influencia en la década de 1970.

<sup>11</sup> Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, Art. 2. P. 3. Organización de los Estados Americanos, aprobada en octubre de 2015, la cual no ha sido firmada por México.

<sup>12</sup> Cain, G. “The economics of discrimination, *Focus*, 7, 2, 1984, pp. 1-11.

### 1.4.1 Discriminación por edad en la vejez

Continuando con el análisis de la CIPDHPM me permito transcribir la definición de Discriminación por edad en la vejez:

“Cualquier distinción, exclusión o restricción basada en la edad que tenga como objetivo o efecto anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos humanos y libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública y privada.”<sup>13</sup>

### 1.4.2 Concepto de Persona Mayor

La CIPDHPM establece que la Persona Mayor es:

“Aquella de 60 años o más, salvo que la ley interna determine una edad base menor o mayor, siempre que esta no sea superior a los 65 años. Este concepto incluye, entre otros, el de persona adulta mayor.”<sup>14</sup>

## 1.5 Concepto de Juventud

Es un término que deriva del vocablo latino *Juventus*, permite identificar al lapso de la vida ubicado entre la infancia y la adultez. La Organización de las Naciones Unidas (ONU) ha definido a la juventud como la etapa que comienza a los 15 y se prolonga hasta los 25 años de vida de todo ser humano. aunque no existen límites precisos al respecto.

Sin embargo, la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes en su artículo 1 dice que “bajo las expresiones “joven”, “jóvenes” y “juventud” a todas las personas, nacionales o residentes en algún país de Iberoamérica, comprendidas entre los 15 y los 24 años de edad. Esa población es sujeto y titular de los derechos que esta Convención reconoce, sin perjuicio de los que igualmente les beneficie a los menores de edad por aplicación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño.”<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. Op.Cit. P. 3.

<sup>14</sup> Loc. Cit.

<sup>15</sup> Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes, aprobado por la Organización Iberoamericana de la Juventud adoptado en Abril de 2005, México no lo ha ratificado.

## 2. Discriminación Laboral por razón de edad

Ahora bien, me he tomado a la tarea de realizar un análisis sobre la discriminación pero desde la vertiente laboral, desde la convocatoria y la contratación del personal, ello en virtud de que considero que este tipo de discriminación atenta contra el Derecho humano de la no discriminación así como al derecho al Trabajo tutelado por nuestra máxima norma nacional y por instrumentos internacionales de los que el Estado mexicano es parte, los actos de discriminación de este tipo han sido una práctica desde hace mucho tiempo, y lo peor es que hoy en día siguen vigentes, la ejercen tanto empresas privadas como el mismo Estado, de manera muy clara con criterios tan arcaicos para la contratación, tales como; contar con una determinada edad, género, orientación sexual, profesar determinada religión, contar con alguna discapacidad, entre otros requisitos absurdos que se traducen en una forma de distinción por razones que no tienen que ver con las capacidades y aptitudes que requieren para desempeñar un empleo, cargo o comisión, por lo que se limita la igualdad de oportunidades y de trato a la que tienen derecho todas las personas.

Partiendo desde la premisa que todas las personas tienen derecho al trabajo sin que deba existir distinción por ninguna razón, sin embargo en la práctica la discriminación forma parte de nuestras vidas cuando los empleadores de carácter privado o público olvidan las obligaciones establecidas por nuestra Constitución Federal precisamente en el último párrafo del artículo 1º, que impone que no debe haber discriminación “por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.”<sup>16</sup>

No obstante que existen normas de derecho interno así como instrumentos Internacionales de los que el Estado mexicano es parte, los cuales prohíben los tratos discriminatorios y se siguen practicando, el primer problema que identifiqué es la falta de mecanismos para sancionar el incumplimiento de lo ordenado en tales normas, en virtud de que las leyes solo prohíben actos discriminatorios, y aunque algunas entidades federativas han incluido dentro de su código penal el delito denominado “discriminación de persona” la sanción es risoria, y en otro tipo de discriminación las condenas son meramente sociales, por ejemplo falta una ley que establezca un procedimiento para evitar la discriminación en la contratación, si de por sí es complicado evitar la dis-

---

<sup>16</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Artículo 1, párrafo octavo. P.1.

tinción entre personas que ya son parte de una relación laboral imagine la persona que no es aceptada para una simple entrevista o el que fue rechazado para el empleo y, dado que no hay una relación laboral, no hay sustento legal para exigir tales acciones.

La discriminación laboral no puede permitirse en ningún momento, es decir, se debe evitar desde la convocatoria, contratación, durante y después de la relación laboral, pero resulta que las personas que se encuentran más desprotegidas son las que aún ni siquiera se les permite una entrevista para la contratación, por lo que es necesario que se haga eficaz la prohibición de esas prácticas discriminatorias, promover que tales conductas son prohibidas y tiene consecuencias jurídicas, establecer sanciones que condenen la conducta de empleadores sean privados o públicos, diseñar una norma secundaria que establezca las medidas para hacer efectivas la no discriminación laboral y establecer cual es la autoridad competente para resolver los conflictos en dicha materia, diseñando un procedimiento sencillo, pronto y expedito.

## **2.1 Discriminación Laboral en la Convocatoria y Contratación**

Como ya se advirtió con antelación, esta prohibida toda discriminación motivada por razón de edad, ahora bien, existe un sin número de casos de convocatorias donde ofertan empleos y exigen como uno de los requisitos para acceder a una entrevista contar con una edad determinada, incumpliendo claramente tanto las empresas privadas como el mismo Estado con lo ordenado por el numeral primero de nuestra Constitución Federal, no obstante que el derecho a la no discriminación prohíbe distinciones que atenten contra la dignidad.

Así también considero que al emitir este tipo de convocatorias se vulnera en perjuicio de las personas del numeral 5 de la constitución federal, específicamente en el primero y segundo párrafo que a continuación transcribo:

“Artículo 5. A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial. La Ley determinará en cada Estado cuáles son las profesiones que necesitan título para su ejercicio, las condiciones que deban llenarse para obtenerlo y las autoridades que han de expedirlo.”<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> Ley Federal del Trabajo, Op. Cit. Pag. 2.

Del numeral antes transcrito se observa que a ninguna persona se le puede impedir dedicarse al trabajo que pretenda, siempre y cuando sean lícitos, por lo que es claro que las personas que aspiren a ocupar un cargo, empleo o comisión lícito, no se debe impedir aspirar a ello sin ninguna otra restricción mas que la aptitud y capacidad para desempeñarlo.

Al igual, considero que con este tipo de requisitos vulneran en perjuicio de todas las personas lo dispuesto por el artículo 123 de nuestra Constitución Federal que en su primer párrafo a la letra dice:

“Artículo 123. Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverá la creación de empleos y la organización social para el trabajo, conforme a la Ley.”<sup>18</sup>

Por lo antes transcrito considero que los empleadores al emitir tales convocatorias emiten una prohibición para los ciudadanos, restringiendo su derecho a desempeñar un trabajo digno y socialmente útil, pues el único requisitos que muchos no cumplirían es la edad, sin analizar su capacidad y aptitud para desempeñar el trabajo ofertado.

Bajo este tenor, considero que cuando se emitan convocatorias exigiendo los requisitos de edad, a todas luces se actualizan todos los elementos de la acción de daño moral, pues al ser discriminado es clara la existencia de un hecho ilícito, mismo que vulnera de forma flagrante la dignidad de las personas, al fomentar la exclusión por una cuestión de edad.

Por lo tanto, cuando se actualice este tipo de discriminación, se lleva al terreno del acceso a un empleo u ocupación, implica que existe un trato desigual injustificado, en virtud que dentro del conjunto de personas aptas para el desempeño de la multicitada labor (mesero, jardinero, asistente, gerente, etc.), el motivo de exclusión no incide en las aptitudes ni en la calificación necesaria para tal desempeño, por lo que insisto que esta practica afecta el derecho humano a la no discriminación; en virtud de que los empleadores limitan el derecho humano al trabajo por una razón de edad lo que implica una vulneración directa a la dignidad, razón por la cual, la existencia de un acto que contenga una exclusión injustificada es el único dato que se requiere para que se actualice la vulneración al derecho humano a la no discriminación.

Asi tambien, es necesario señalar que la actual Ley Federal de Trabajo, luego de la reforma implementada en el año 2012, ha dado un paso importante al reconocer expresamente la plena eficacia de los derechos fundamentales del trabajador en el plano de las relaciones laborales. Las normas claves en este

---

<sup>18</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Op. Cit. Pag 127.



aspecto son los artículos 2º, 3º, 56 y 133 de la ley, los cuales consagran el derecho a la no discriminación en el empleo y se encuentran en consonancia con el compromiso internacional adquirido por el Estado mexicano al suscribir el Convenio Internacional del Trabajo n° 111, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, especialmente en lo dispuesto en su artículo 2º que a la letra dice:

“Art. 2.- Todo Miembro para el cual este Convenio se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto.”<sup>19</sup>

Asimismo sirve de fundamento lo resuelto por la primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de acuerdo al AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 992/2014, la cual sin duda en un criterio que ha dejado precedentes referente a la protección de derechos humanos, en especial a un grupo históricamente vulnerado como son los jóvenes, adultos mayores y en general todas las personas que por no contar con una edad requerida en las convocatorias no accedan a un empleo, cargo o comisión.

He dejado claro que discrimina tanto una empresa privada como el mismo Estado cuando figura como particular, y me permito presentar dos imágenes donde ofertan empleos y dejan claro que quien aspire a por lo menos una entrevista debe reunir el requisito de edad:

**Reclutamiento diversas escolaridades**

**POLICÍA FEDERAL**

**DOCUMENTOS (original y 2 copias)**

- Certificado médico
- Acta de nacimiento
- Cédula del RFC
- CURP
- Carné liberado
- Comprobante de estudios
- Comprobante de domicilio
- Licencia de conducir
- Identificación Oficial
- Currículum vital
- Tres referencias laborales, personales, familiares y vecinales
- Oficios de baja (SEDENA, SEMAR, instituciones de seguridad pública y privada)

**REQUISITOS**

- Ser mexicano (a)
- Edad: 18 a 37 años
- No tener sobrepeso
- No tener antecedentes penales
- No consumir estupefacientes
- Tener disponibilidad de horario y cambiar de residencia
- Estatura
  - Hombres: 1.60 m
  - Mujeres: 1.55 m
- Desde Secundaria hasta Licenciatura
- Están permitidos tatuajes y perforaciones en áreas no visibles.

Salario: a partir de \$16,000  
**CAPACITACIÓN PAGADA**

**Martes 7 de Febrero 2017, de 9 a 2 de la tarde. CIS Puebla, BOLSA DE TRABAJO.**

Convocatoria en donde se oferta empleo para pertenecer a la Policía Federal de México<sup>20</sup>

**ESTACIONAMIENTO SOLICITA PERSONAL**

**TURNO VESPERTINO**

**REQUISITOS**

- Edad: 20 a 40 años.
- Disponibilidad de horario.
- Excelente presentación.
- Experiencia en conducir.

**INTERESADOS (AS)**

- Presentar solicitud con fotografía, 2 referencias en caseta de estacionamiento y copia de IFE en Cúcara Mácara de 10 a.m. a 8 p.m.

**TRABAJO DE MEDIO TIEMPO**

Convocatoria para contratar personal en una negociación de carácter privada<sup>21</sup>

<sup>19</sup> C111 Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958, La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo: Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad el 4 junio 1958 en su cuadragésima segunda reunión.

<sup>20</sup> <http://www.angulo7.com.mx/2017/01/31/policia-federal-lanza-convocatoria-ingreso-salario-desde-16-mp/>

<sup>21</sup> <http://pachuca.anunciosya.com.mx/estacionamiento-solicita-empleado-a-en-pachuca-WBZ4>

Como se observa en ambas imágenes, imponen que los solicitantes cumplan con una edad determinada, por lo que las personas mas jóvenes o mas adultas no podrán ni si quiera acceder a una entrevista de trabajo, no importa si tiene la capacidad y aptitud para desempeñar la labor que requieren, atentando a todas luces contra el derecho humano a la no discriminación por razón de edad y sin duda contra el derecho humano al trabajo.

### 2.1.1 Discriminación en las convocatorias para aspirar a un cargo dentro del servicio público

En el caso de la mayoría de las Entidades Federativas del Estado mexicano, se establece que para el caso de aspirar a ser Magistrado de los Tribunales Superiores de Justicia, se debe de cumplir con el requisito de edad, es decir, contar al día de la designación no menos de 35 ni más de 65 años de edad, requisito idéntico que se exige para ser Ministro de la Corte Suprema, con lo cual es obvio que restringe el derecho a todos los demás ciudadanos que aspiran a ocupar tan distinguido cargo, no existiendo justificación alguna, pues el contar con esa edad no garantiza la capacidad y aptitud adecuada para ejercer debidamente el multicitado cargo, y es claro que la supuesta “experiencia” de la que hablan muchos no se adquiere ni se pierde con la edad, tal candado debe ser eliminado si es que nuestros legisladores quieren proteger de manera eficaz los derechos fundamentales de todas la personas.

A continuación presento graficas de las Entidades Federativas de México respecto al requisito de edad mínima, máxima, antigüedad en titulo y cedula profesional:



Información recabada de todas las Constituciones Políticas de las 29 Entidades Federativas de México<sup>22</sup>

<sup>22</sup> <http://www.senado.gob.mx/index.php?watch=60&sm=2>



Información recabada de las Constituciones Políticas de Puebla, Querétaro y Sinaloa.<sup>23</sup>

Como se puede apreciar en las graficas, en el Estado mexicano 29 Constituciones locales determinan como requisito necesario que el participante cuente cuando menos con 35 años de edad, así también algunas mencionan que el contar con 55, 58, 65 o 75 años es una limitación para poder ocupar tan importante cargo, otras mas exigen contar con 5 o 10 años de antigüedad en el titulo y algunas con 10 años de antigüedad en cedula profesional. Sin embargo las constituciones de los Estados de Puebla y Sinaloa exigen que el participante cuente cuando menos con la edad de 30 años, como observamos estas dos normas son menos limitativas por cuanto hace al goce del derecho humano de los jóvenes, empero, la Constitución del Estado de Querétaro no exige contar con una edad mínima pero no pueden participar quien tenga 77 años de edad; como podemos observar algunas normas limitan el acceso a jóvenes y otras a adultos mayores sin que exista justificación alguna de manera racional.

Vale la pena hacer notar lo que el Investigador Jorge E. Linares opina sobre este tema, él considera que “la discriminación es uno de los principales obstáculos para el desarrollo económico, social y político de nuestro país, porque mientras se perpetúe la discriminación, la desigualdad de trato y de derechos por el origen, la condición social o de salud, por la apariencia, la forma de hablar o por la orientación sexual, nunca podremos aspirar a construir una sociedad equitativa que sea capaz de garantizar oportunidades de desarrollo y de bienestar para todos.”<sup>24</sup>

Derivado de lo anterior es pertinente mencionar que el Sistema Jurídico Estadounidense tiene una norma denominada The Age Discrimination in Employment Act of 1967 (ADEA)<sup>25</sup> norma que tutela a las personas adultas mayores

<sup>23</sup> <http://www.senado.gob.mx/index.php?watch=60&sm=2> Op.Cit.

<sup>24</sup> <http://www.bioetica.unam.mx/desigualdad.html>.

<sup>25</sup> The Age Discrimination in Employment Act of 1967, USA.

que considere que se han vulnerado sus derechos laborales por lo que tiene el derecho a presentar una querrela de discriminación ante la Comisión para la Igualdad de Oportunidades en el Empleo de los Estados Unidos, se puede presentar una querrela por correo o personalmente en la oficina más cercana.

### 3. La dimensión integral de la Responsabilidad Social Empresarial

Ahora bien, debemos dejar claro las acciones que deben realizar las empresas de manera efectiva para cumplir cabalmente con su responsabilidad al momento de emitir convocatorias y contratar personal sin discriminar por razón de edad, convirtiéndose en una empresa responsable de manera integral, lo que implica hacer un análisis sobre el alcance que tendrá, expectativas y valores que conforman el ser y quehacer de las personas y de las sociedades con las que interactúa; atendiendo en gran parte lo que el profesor Cajiga Calderón<sup>26</sup> nos dice sobre la forma de sus niveles de responsabilidad, las cuales se pueden entender y agrupar:

En su **dimensión económica interna**, su responsabilidad se enfoca a la generación y distribución del valor agregado entre colaboradores y accionistas, considerando no sólo las condiciones de mercado sino también la equidad y la justicia, respetando normas de derecho interno así como las obligaciones que el Estado mexicano ha adoptado en plano internacional.

En su **dimensión económica externa**, implica la generación y distribución de bienes y servicios útiles y rentables para la comunidad, además de su aportación a la causa pública vía la contribución impositiva. Asimismo, la empresa debe participar activamente en la definición e implantación de los planes económicos de su región y su país, teniendo como eje rector la inclusión, es decir, contratar jóvenes, adultos mayores, mujeres, personas con discapacidad, personas con orientación sexual diferente, etc.

En su **dimensión social interna**, implica la responsabilidad compartida y subsidiaria de inversionistas, directivos, colaboradores y proveedores para el cuidado y fomento de la calidad de vida en el trabajo y el desarrollo integral y pleno de todos ellos.

En su **dimensión sociocultural y política externa**, conlleva a la realización de acciones y aportaciones propias y gremiales seleccionadas para contribuir con tiempo y recursos a la generación de condiciones que permitan y favorezcan la expansión del espíritu empresarial y el pleno desarrollo de las comunidades y, por tanto, a un entorno de mercado favorable para el desarrollo de su negocio.

---

<sup>26</sup> Cajiga Calderón, Juan F. Op. Cit. P. 5.

El análisis de cada dimensión lleva a la definición de las estrategias de acción específicas para que cada empresa actúe de acuerdo a su propio contexto, tome a su cargo y costo la realización de proyectos completos en lo individual o de manera colaborativa con otros actores y/o sectores que compartan metas similares.

### **3.1 Líneas estratégicas que propongo deben adoptar las empresas**

Considero que la Responsabilidad Social Empresarial en el tema que desarrollo, se comprende reconociendo 3 ámbitos básicos y estratégicos que determinan su presencia en la actividad de la empresa, así también cada ámbito incluye subtemas, que pueden variar de una empresa a otra de acuerdo a su actividad, hago mención que en las Conclusiones del III Congreso de Responsabilidad Social Empresarial en las Américas<sup>27</sup> manejan 4 ámbitos, sin embargo para el tema que se investiga consideré importante solo invocar los siguientes:

- Ética y gobernabilidad empresarial.
- Calidad de vida en la empresa (dimensión social del trabajo).
- Vinculación y compromiso con la comunidad y su desarrollo.

### **3.2 Principios de la Responsabilidad Social Empresarial**

Derivado de lo anterior, los ámbitos de la Responsabilidad Social Empresarial responden a ciertos principios, y es aplicando esos principios lo que asegura su implementación exitosa, siendo los siguientes:

- “Respeto a la dignidad de la persona.
- Empleo digno.
- Solidaridad.
- Subsidiariedad.
- Contribución al bien común.
- Corresponsabilidad.
- Confianza.
- Ética en los negocios.
- Prevención de negocios ilícitos.
- Vinculación con la comunidad.
- Transparencia.

---

<sup>27</sup> Conclusiones del III Congreso de Responsabilidad Social Empresarial en las Américas. Forum Empresa/Cemefi. México. Mayo de 2000.

- Honestidad y legalidad.
- Justicia y equidad.
- Empresarialidad.
- Desarrollo social.”<sup>28</sup>

Por lo tanto, la Empresa Socialmente Responsable es aquella que se preocupa por la ciudadanía de manera general, fundamentando su visión y su compromiso social en principios y acciones que benefician a su negocio pero que su único objetivo no son las ganancias sino que actúan en pro de sus trabajadores, pero también sobre aquellos que no teniendo ese carácter pueden en un momento dado tenerlo, y la mejor manera de llevar a la práctica tales principios es en el caso específico de no realizar ninguna convocatoria de empleo donde se establezca como requisito contar con una edad determinada, así mismo al momento de contratar a las personas, realizar un análisis integral sobre sus capacidades y aptitudes sin que la edad sea un factor para contratar o no a una persona, sin importar si es joven, adulto o adulto mayor.

Resulta necesario invocar uno de los diez principios del Pacto Mundial, referente al tema de no discriminación y que a la letra dice:

“Principio 6: Eliminar la discriminación en relación con el empleo y la ocupación. Esto sólo exige a las empresas contratar a las personas en base a su capacidad para realizar el trabajo que requiere el puesto que ofrecen. Si, en lugar de ello, basan la contratación en el género de las personas, la raza, la religión u otros prejuicios, significa que están perjudicando a su negocio. Los ascensos también deberían basarse en el mérito de las personas. Existen sobradas pruebas de las consecuencias positivas de las prácticas no discriminatorias sobre la productividad y la rentabilidad de las empresas. Este principio le pide a las empresas que, en su forma de conducirse, no caigan en la trampa de los prejuicios.”<sup>29</sup>

Derivado de lo anterior las empresas deben de realizar actos encaminados a abolir todo tipo de discriminación dentro de su fuente de trabajo, esto abarca desde las convocatorias y en todo lo referente a las condiciones de la relación laboral.

---

<sup>28</sup> Ibidem. P. 5.

<sup>29</sup> Los diez principios que abarca el Pacto Mundial corresponden al ámbito de los derechos humanos (extraídos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos), derechos laborales (extraídos de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo), aspectos medioambientales (extraídos de la Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo) y acciones de lucha contra la corrupción (extraídas del Convenio de la ONU contra la Corrupción). El décimo principio, relativo a la corrupción, se agregó en junio de 2004.

## Conclusión

La adopción de la Responsabilidad Social Empresarial sobre el tema de no discriminación en las convocatorias y contratación del personal seguramente no será una tarea fácil, en virtud de que muchas empresas están acostumbradas a excluir personas por el simple hecho de verlas jóvenes o adultos mayores, sin embargo, en la medida que esas prácticas desaparezcan se dará la oportunidad a todas las personas que aspiren a un empleo en un principio a acceder a una entrevista y derivado de ella analizar su capacidad y aptitud para poder desempeñar el empleo ofertado, tutelando el derecho humano de la no discriminación de manera eficaz.

Resulta necesario, si es que nuestros legisladores quieren proteger de manera eficaz los derechos fundamentales de todas las personas, que exista una ley secundaria para la discriminación laboral, en donde establezca un procedimiento adecuado para evitar los atropellos contra los mexicanos, que sea muy parecida al modelo estadounidense denominado *The Age Discrimination in Employment Act of 1967 (ADEA)*<sup>30</sup> norma que tutela a las personas mayores, las cuales al considerar que se han vulnerado sus derechos laborales tiene la posibilidad de presentar una querrela de discriminación ante la Comisión para la Igualdad de Oportunidades en el Empleo de los Estados Unidos, ahora bien, sugiero que esta norma proteja a todas las personas sin establecer edad, es decir, tanto jóvenes como adultos podrían recurrir a dicho procedimiento.

Por último, considero que cualquier tipo de convocatoria, así como las normas que establezcan como requisito para ocupar un empleo, cargo o comisión dentro del servicio público o empresa privada que las personas cuenten con una determinada edad, estas al considerarse que atentan contra el derecho humano de no discriminación deben inobservarse, y en tanto no exista la norma y procedimiento que propongo, todas las autoridades en el ámbito de sus competencias deben utilizar las herramientas protectoras de los derechos humanos ya vigentes en nuestro sistema jurídico mexicano, me refiero al *Principio Pro Persona*, *Principio de Interpretación Conforme* y el *Control Difuso de Convencionalidad*.

---

<sup>30</sup> Ibidem. *The Age Discrimination in Employment Act of 1967, USA.*

## REFERENCIAS

### **Bibliográficas:**

CAIN, G. *The economics of discrimination*, Focus, 7, 2, 1984, pp. 1-11.

CAJIGA CALDERÓN, JUAN F. *Concepto de Responsabilidad Social Empresarial*, Centro Mexicano para la Filantropía A.C. México. S.F. Pag. 2.

MUÑOZ RAMÓN, ROBERTO. *Derecho del Trabajo. "Instituciones"*. T.II. Editorial Porrúa. México. 1983. p.3.

PALOMAR DE MIGUEL, JUAN. *Diccionario para Juristas*. Editorial Porrúa. México. 2000. p 581.

### **Normativas:**

*Mexicanas.*

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley Federal del Trabajo.

*Instrumentos Internacionales.*

Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes, aprobado por la Organización Iberoamericana de la Juventud adoptado en Abril de 2005, México no lo ha ratificado.

Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, Organización de los Estados Americanos, aprobada en octubre de 2015, la cual no ha sido firmada por México.

The Age Discrimination in Employment Act of 1967, USA.

Los diez principios que abarca el Pacto Mundial corresponden al ámbito de los derechos humanos (extraídos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos), derechos laborales (extraídos de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo), aspectos medioambientales (extraídos de la Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo) y acciones de lucha contra la corrupción (extraídas del Convenio de la ONU contra la Corrupción). El décimo principio, relativo a la corrupción, se agregó en junio de 2004.

### **Electronicas:**

<http://www.bioetica.unam.mx/desigualdad.html>.



**Otras:**

C111 Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958, La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo: Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad el 4 junio 1958 en su cuadragésima segunda reunión.

Conclusiones del III Congreso de Responsabilidad Social Empresarial en las Américas. Forum Empresa/Cemefi. México. Mayo de 2000.



**NICARAGUA**



# Estado actual del derecho de los consumidores en el ordenamiento jurídico nicaragüense

Jesús Jusseth Herrera Espinoza<sup>1</sup>

**Resumen:** El presente artículo de investigación pretende poner en evidencia los rasgos más acusados del estado actual de la regulación en materia de Derecho de consumo en Nicaragua. Sin perjuicio de informar sobre el catálogo de derechos establecidos en la *Ley 842, de protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias*, el estudio pone especial atención en analizar el *estatus quo* en materia de protección del derecho a la salud y seguridad; y en la protección de los intereses económicos y sociales, en el ordenamiento jurídico nicaragüense.

**Palabras clave:** Derecho de consumo, consumidor, usuario, salud y seguridad, contratación mediante condiciones generales, cláusulas abusivas.

**Abstract:** *This research paper aims to evidence the most obvious features of the current state of regulation in the field of consumer law in Nicaragua. Without prejudice to report on the bill of rights established by Law 842, the protection of rights of consumers and users, the study pays special attention to analyzing the status quo on the protection of the right to health and safety; and the protection of economic and social interests in the Nicaraguan legal system.*

**Key words:** *Consumer law, consumer, user, health and safety, recruitment through general conditions, unfair terms.*

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho Mercantil por la Universidad Autónoma de Madrid. Catedrático de la Universidad Centroamericana (UCA). [jesus\\_jusseth@yahoo.com](mailto:jesus_jusseth@yahoo.com)

## Introducción

En la República de Nicaragua, desde hace bastantes años ya, el legislador se ha preocupado por dotar al ciudadano de un conjunto normativo que le permita tutelar los derechos que le asisten en su carácter de consumidores o usuarios de bienes y servicios.

En tal sentido, el presente ensayo tiene como objetivo primordial hacer una valoración crítica general de los grandes ejes temáticos de los que se ocupa la regulación especial más reciente en esta materia, a saber, la Ley 842. LEY DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CONSUMIDORAS Y USUARIAS<sup>2</sup> (en lo sucesivo Ley 842). Norma que ha sido reglamentada a través del Decreto Número 36-2013. REGLAMENTO DE LA LEY No. 842, LEY DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CONSUMIDORES Y USUARIAS<sup>3</sup> (en lo sucesivo Reglamento de la Ley 842).

A manera de ubicación general del lector, vale la pena comentar que la Ley 842 viene a derogar las disposiciones en materia de consumo contenidas en la Ley N.º. 182, “Ley de Defensa de los Consumidores”<sup>4</sup>, y su Reglamento, Decreto A. N. N.º. 2187<sup>5</sup>. Régimen jurídico que, en nuestra opinión, se caracterizaba por ser bastante deficitario desde una perspectiva eminentemente técnica, especialmente, por su marcada “vocación inconstitucional”, en tanto en cuanto el reglamentista había caído en la tentación de venir a superar los serios vacíos e inconsistencias jurídicas de la Ley a través de disposiciones reglamentarias, vulnerando con ello las reglas más elementales de todo Estado de Derecho.

En fin, valga decir, *ab initio*, que nuestra primera valoración del nuevo entramado normativo que rige desde hace relativamente poco tiempo en nuestro país (Ley 842) es el de tener una vocación omnicompreensiva del catálogo de los principales derechos y garantías que ostentan los consumidores y usuarios en el sistema jurídico nicaragüense. Adicionalmente, la Ley 842, supera en gran medida esa “vocación inconstitucional” que caracterizaba el *Ancien régime* en materia de consumo.

### 1. El reconocimiento y protección del Derecho consumo en sede constitucional

La Constitución Política nicaragüense, particularmente a partir de la reciente reforma constitucional<sup>6</sup>, que vino a modificar el contenido y alcance del

<sup>2</sup> Publicada en La Gaceta, Diario Oficial, Número 129, del 11 de julio de 2013.

<sup>3</sup> Publicado en La Gaceta, Diario Oficial, Número 192, del 10 de octubre de 2013.

<sup>4</sup> Publicada en La Gaceta, Diario Oficial, Número 213, del 14 de Noviembre de 1994.

<sup>5</sup> Publicado en La Gaceta, Diario Oficial, Número 169, del 3 de septiembre de 1999.

<sup>6</sup> Ley 854. Ley de Reforma Parcial a la Constitución Política de la República de Nicaragua. Publicada en

precepto que anteriormente se ocupaba de esta temática, deja claramente establecido el interés del Estado en promover y proteger los derechos de los consumidores y usuarios en nuestro país, a través de la instauración de una Ley especial que regule la materia.

En este sentido, el artículo 105 de la Constitución Política nicaragüense establece: *Es obligación del Estado promover, facilitar y regular la prestación de los servicios públicos básicos de energía, comunicación, agua, transportes, infraestructura vial, puertos y aeropuertos a la población, y derecho inalienable de la misma el acceso a ellos. Las inversiones privadas y sus modalidades y las concesiones de explotación a sujetos privados en estas áreas, serán reguladas por la ley en cada caso.*

*Los servicios de educación, salud y seguridad social, son deberes indeclinables del Estado, que está obligado a prestarlos sin exclusiones, a mejorarlos y ampliarlos. Las instalaciones e infraestructura de dichos servicios propiedad del Estado, no pueden ser enajenadas bajo ninguna modalidad. Los trabajadores de la educación y la salud participarán en la elaboración, ejecución y seguimiento a los planes, programas y proyectos dirigidos al sector, y se regirán por las leyes correspondientes.*

*Se garantiza la gratuidad de la salud para los sectores vulnerables de la población, priorizando el cumplimiento de los programas materno infantil. Se desarrollará el modelo de salud familiar y comunitaria.*

*Los servicios estatales de la salud y educación deberán ser ampliados y fortalecidos. Se garantiza el derecho de establecer servicios privados en las áreas de salud y educación.*

*Es deber del Estado garantizar el control de calidad de bienes y servicios y evitar la especulación y el acaparamiento de los bienes básicos de consumo. **El Estado garantizará la promoción y protección de los derechos de los consumidores y usuarios a través de la Ley de la materia.***

*Las concesiones de explotación de servicios públicos otorgadas a sujetos privados deberán realizarse bajo procesos transparentes y públicos, conforme la ley de la materia, debiendo observarse para su operación criterios de eficiencia y competitividad, satisfacción de la población y cumplimiento de las leyes laborales del país.*

Como es fácilmente apreciable, en Nicaragua, en sede constitucional, existe un moderno y amplio marco general pensado, precisamente, para garantizar y tutelar los derechos e intereses de los consumidores y usuarios.

## 2. Noción legal de consumidor y usuario en el sistema jurídico nicaragüense

IncurSIONANDO DE LLENO EN EL ANÁLISIS DE LA Ley especial de la materia, el artículo 5 de la Ley 842, que se ocupa de establecer las principales definiciones a ser empleadas, prevé que *consumidor o usuario*, es aquella *persona natural o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta bienes o servicios, tanto privados, como públicos, como destinatario final*.

En otras palabras, el legislador nicaragüense se ha decantado por una noción restrictiva de consumidor y usuario, en tanto pone la nota que activa el sistema de protección en la calidad de “destinatarios finales” que tienen éstos. Es decir, se prescinde de conceptos más amplios e imprecisos, como es el caso del concepto de “cliente”.

Llevando a cabo una interpretación sistemática de la norma, nos parece que la idea del legislador es conceder la cualidad de “consumidor o usuario final” a quien adquiriera, posea o utilice un bien o un servicio, y, de forma adicional, que ese bien o servicio sea destinado a “su uso personal”. Este criterio es de carácter subjetivo, en tanto se centra sobre la persona del consumidor y usuario, y sobre las condiciones en las cuales éstos desempeñan su papel dentro del ciclo económico<sup>7</sup>.

Si bien algunos ordenamientos jurídicos se reservan únicamente la descripción de consumidores a las personas físicas, con exclusión de las personas jurídicas, en el sistema nicaragüense también se considerarán consumidoras o usuarias a las microempresas cuando éstas evidencien una situación de asimetría informativa con las personas proveedoras (es decir con los empresarios que proveen bienes o servicios) respecto de aquellos bienes o servicios que no formen parte del giro propio del negocio<sup>8</sup>.

En nuestra opinión, la protección a la microempresa es una tutela de carácter excepcional, pues, regularmente, se trata de una persona con fines de lucro. En tal sentido, el legislador ha tomado en cuenta para su protección la pequeña dimensión del negocio y, por ende, la escasa capacidad de negociación de la microempresa con el proveedor; considerando, especialmente, la asimetría informativa con el proveedor respecto al producto y que éste no forme parte del giro propio del negocio<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Vid. Feldstein de Cárdenas, Sara Lidia y Klein Viera, Luciane, “La noción de consumidor en el MERCOSUR” en Cuadernos de Derecho Transnacional, octubre, 2011, volumen 3, Número 2 págs. 73 y ss.

<sup>8</sup> Artículo 2 de la Ley 842.

<sup>9</sup> García Sánchez, David, “La noción de consumidor” en Consumo & Legal, Número 68, Marzo 2012, págs. 5 y ss.

Cabe destacar que dicho autor, citando una sentencia peruana que se ha ocupado de este tema, manifiesta:



Como hemos dejado en evidencia, la norma nicaragüense considera como otro requisito necesario para la tutela de la microempresa como consumidora, el hecho de que el producto o servicio no esté relacionado con el giro propio del negocio, lo que viene a significar que si bien el producto ha sido adquirido por la microempresa para ser utilizado en actividades relacionadas a la misma, dicho producto no puede estar relacionado a la producción de otros bienes o servicios (ya sea como materia prima o materiales fabricados) ofrecidos por la microempresa, o destinados a sus instalaciones (como instalaciones o equipos fijos) pues para estos casos se presume que el microempresario tiene o debería tener conocimientos superiores<sup>10</sup>.

Para completar las ideas que venimos exponiendo, el legislador patrio se decanta por *no considerar personas consumidoras o usuarias, a quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes y servicios que guarden relación específica con su actividad empresarial para integrarlos a los procesos de producción, importación, distribución, transformación, comercialización, alquiler de bienes o prestación de servicios a terceros. Asimismo, se prevé que la legislación de consumo no será aplicable a los servicios personales prestados en virtud de una relación laboral, ni a los servicios profesionales o técnicos para cuyo ejercicio se requiera tener título*<sup>11</sup>.

De lo antes dicho se colige que nuestro legislador entiende por “acto de consumo” el acto jurídico que permite obtener un bien o un servicio con vista a satisfacer una necesidad personal o familiar, de modo que, resulta natural que, en contraposición a esta idea, los actos y contratos relacionados en el precitado artículo 3 de la Ley se excluyan tajantemente de ser encuadrables como posibles actos de consumo.

### **3. Personas frente a las que se protege al consumidor y usuario**

Vale la pena destacar que al definir al consumidor y al usuario el legislador nicaragüense no menciona expresamente la condición empresarial o profesional del sujeto con el que aquél ha de entrar en relación para merecer la tutela que la ley otorga.

Con todo, el propio artículo 1 de la Ley 842, al referirse al objeto de la misma, prevé que dicha norma pretende: *Establecer el marco legal de protección de los derechos de las personas naturales y jurídicas que sean consumidoras o usuarias*

---

*“La ratio de tutelar únicamente a los microempresarios y excluir al resto de empresas del sistema de protección al consumidor, es que la ley entiende que los microempresarios por su tamaño, capacidad económica, organización y/o estructura interna, pueden en determinados supuestos padecer asimetría informativa frente a sus proveedores, en términos equiparables a los de un consumidor final”.*

<sup>10</sup> García Sánchez, “La noción de consumidor”, cit., págs. 6 y s.

<sup>11</sup> Artículo 3 de la Ley 842.

de bienes o servicios, procurando la equidad, certeza y seguridad jurídica en las relaciones de consumo **con las personas proveedoras de bienes y servicios públicos, privados, mixtos, individuales o colectivos...** Como se observa, dicho artículo ya acuña el concepto de “persona proveedora” como sujeto frente al que se protege al consumidor y usuario de bienes o servicios.

Complementando la anterior, el artículo 5 de la Ley en comento define a la Persona Proveedora como aquella *persona natural o jurídica de carácter público, privado o mixto, que de forma habitual desarrolla las actividades de producción, fabricación, importación, distribución, comercialización o alquiler de bienes o prestación de servicios a las personas consumidoras o usuarias.*

Así, lo que caracteriza al proveedor es la actividad económica que éste desarrolla. De tal suerte que, la persona proveedora es un empresario (en sentido amplio) que desarrolla en régimen de mercado cualquiera de las siguientes actividades: actividad industrial; actividad intermediaria en la circulación de bienes y servicios; actividad de las llamadas profesiones liberales; actividad de producción agrícola, ganadera y artesanal, entre otras.

#### **4. Derechos básicos de protección a los consumidores y usuarios**

El artículo 6 de la Ley 842 establece un amplio catálogo de derechos a favor de las personas consumidoras y usuarias, a saber:

- i. Estar protegidas contra los riesgos que puedan afectar su salud, integridad física o su seguridad.*
- ii. Tener libre acceso y en igualdad de circunstancias conforme disponibilidades del mercado, a bienes y servicios de calidad que respondan a sus necesidades humanas básicas, asegurando a las poblaciones más vulnerables bajo las políticas de seguridad alimentaria y nutricional en el caso de los alimentos.*
- iii. Estar protegidas en sus intereses económicos y sociales, y en particular contra las prácticas arbitrarias de cláusulas abusivas en los contratos, de conformidad a lo establecido en la presente ley.*
- iv. Recibir la reparación o reposición del bien, una nueva ejecución del servicio o la devolución de la cantidad pagada, según sea el caso.*
- v. Ser atendidas por personas proveedoras de bienes y servicios con respeto, amabilidad, ética, calidad humana y sin discriminación alguna.*
- vi. Hacer efectivo su derecho de retractarse del contrato en la forma establecida por la presente ley o en los términos del mismo contrato en su caso, siempre y cuando no contradiga lo estipulado en la presente ley.*

- vii. Recibir educación sobre consumo responsable y sostenible de bienes y servicios.*
- viii. Recibir la información adecuada de sus derechos y mecanismos de protección para actuar ante los órganos e instituciones públicas existentes, especializados en la materia.*
- ix. Recibir información veraz, oportuna, clara y relevante sobre los bienes y servicios ofrecidos por parte de las personas proveedoras.*
- x. Participar y constituirse en organizaciones en pro de la defensa de los derechos de las personas consumidoras y usuarias.*
- xi. Respetar su privacidad.*
- xii. Tener protección real y efectiva en las transacciones electrónicas, conforme las prácticas y controles establecidos en la legislación nacional.*
- xiii. Recibir atención preferencial por parte de las personas proveedoras, en el caso de mujeres embarazadas o con niños o niñas menores de tres años, adultos mayores, o personas con discapacidad.*
- xiv. Exigir bajo el procedimiento señalado en la presente ley y su reglamento el cumplimiento de las promociones u ofertas cuando la persona proveedora no cumpla con las condiciones establecidas en las mismas.*
- xv. Estar protegidas contra la publicidad engañosa o abusiva.*
- xvi. Gozar y disfrutar de un medio ambiente sano y saludable que garantice la conservación y desarrollo de los recursos naturales.*
- xvii. Estar protegidas en relación a su vida, seguridad y sus bienes, cuando haga uso de los servicios de transporte terrestre, acuático y aéreo, todo a cargo de las personas proveedoras de estos servicios, que tienen que indemnizarlos cuando fueren afectados.*
- xviii. Ser atendidas por las autoridades administrativas con diligencia, ética, calidad humana y sin discriminación alguna.*
- xix. Reclamar ante las instituciones correspondientes sobre el cumplimiento de sus derechos establecidos en la presente ley.*
- xx. Aceptar o no por medio de adenda, la opción de arbitraje como una forma de resolución alterna de conflictos con las personas proveedoras, de acuerdo a la ley de la materia. Esta condición particular no debe ser establecida de forma unilateral por la persona proveedora, y en ningún caso ser condicionante para la firma del contrato.*
- xxi. Demandar por la vía judicial cuando corresponda.*

Naturalmente, este catálogo de derechos no excluye aquellos contenidos en la Constitución Política de la República de Nicaragua, y en otras leyes, tratados y convenios internacionales ratificados por Nicaragua.

Asimismo, no cabe duda que el inventario de derechos contenidos en la Ley 842 es bastante completo, y está a tono con aquellos contenidos en otras legislaciones latinoamericanas que regulan la materia.

Por otra parte, tomando en cuenta las limitaciones de espacio propias de este empeño de investigación, deseo referirme líneas abajo al menos a dos categorías de esta amplia lista de derechos antes citados:

#### **4.1. El derecho a la salud, integridad física y seguridad**

Como señalamos líneas atrás, la Ley 842 en su artículo 6 numeral 1 prevé expresamente que: *Las personas consumidoras y usuarias tendrán entre otros, los siguientes derechos: a) Estar protegidas contra los riesgos que puedan afectar su salud, integridad física o su seguridad.*

Así, la Ley desarrolla los principios recogidos en el artículo 105 de la Constitución Política de Nicaragua<sup>12</sup>, en tanto ésta establece, como derecho necesitado de una protección determinada para los consumidores y usuarios, el derecho a gozar de medidas concretas que garanticen la salud y la seguridad de las personas.

Sin embargo, la alusión conjunta a la tutela de estos derechos, requiere que se concrete el alcance y contenido de cada uno de ellos.

#### **i. La protección del derecho a la salud y seguridad en el ordenamiento nicaragüense**

Salud y seguridad cuentan con una larga tradición en los ordenamientos jurídicos<sup>13</sup>, aunque vale precisar que éstos han pasado a ser considerados desde

---

<sup>12</sup> “Los servicios de educación, salud y seguridad social, son deberes indeclinables del Estado, que está obligado a prestarlos sin exclusiones, a mejorarlos y ampliarlos. Las instalaciones e infraestructura de dichos servicios propiedad del Estado, no pueden ser enajenadas bajo ninguna modalidad. Los trabajadores de la educación y la salud participarán en la elaboración, ejecución y seguimiento a los planes, programas y proyectos dirigidos al sector; y se regirán por las leyes correspondientes. Se garantiza la gratuidad de la salud para los sectores vulnerables de la población, priorizando el cumplimiento de los programas materno infantil. Se desarrollará el modelo de salud familiar y comunitaria. Los servicios estatales de la salud y educación deberán ser ampliados y fortalecidos. Se garantiza el derecho de establecer servicios privados en las áreas de salud y educación...”.

<sup>13</sup> En mi opinión la alusión a la tutela de la “integridad física” de las personas consumidoras y usuarias, es útil para poner en evidencia una protección concreta derivada del derecho a la salud que reconoce la Constitución Política nicaragüense.

una perspectiva distinta al insertarse dentro de la protección de los consumidores y usuarios.

Así, merece la pena evidenciar aquí que el reconocimiento del derecho a gozar de una protección específica en las cuestiones relacionadas con la salud y la seguridad de las personas está amparado de manera expresa en nuestra Constitución Política que lo recoge, además de en el precitado artículo 105 Cn., en varios de sus preceptos (arts. 39, 59, 60, 82.4 Cn.).

Todos estas disposiciones destacan la idea consolidada legislativamente de que la salud es un valor absoluto que debe gozar de los mecanismos adecuados para que la persona pueda desarrollar su personalidad, lo que obliga a defenderla en todas las vertientes en las que se manifieste y protegerla sin ningún tipo de restricciones<sup>14</sup>.

## ii. Configuración del derecho a la salud<sup>15</sup>

Tradicionalmente se ha considerado la salud como un bien instrumental necesario para la protección y el desarrollo de la personalidad del individuo y para la remoción de los obstáculos que impiden su pleno desarrollo.

En la actualidad la doctrina entiende que el ciudadano no tiene un derecho subjetivo a la protección de la salud en unos términos concretos sino que se trata de una “norma de acción” de “inviabile alegación ante los tribunales”, que ordena a los poderes públicos la organización de los oportunos servicios para su tutela.

La Ley le atribuye, en consecuencia, carácter preventivo en coherencia con las modernas tendencias de política sanitaria que siguen las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud que, en un intento de definición, se han apoyado en dos concepciones: *una estricta*, según la cual, la salud es la ausencia de “cualquier alteración fisiológica o psíquica de carácter patológico”; o *una amplia* que la equipara a un “estado de completo bienestar físico, mental y social”.

## iii. Contenido del derecho a la seguridad<sup>16</sup>

Una vez reconocido el derecho a la seguridad como un derecho básico de los consumidores y usuarios, el artículo 13 de la Ley 842 indica que:

<sup>14</sup> Cfr. Dios Viéitez, María Victoria, “*El Derecho a la protección de la salud*” en Curso de Derecho Administrativo Iberoamericano, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid, 2015, pág. 745

<sup>15</sup> Vid. Dios Viéitez, “*El Derecho a la protección de la salud*”, cit., págs. 745 y ss.

<sup>16</sup> Cfr. Villalba Cuéllar, Juan Carlos, “*La responsabilidad por producto defectuoso en el Derecho colombiano*” en Civilizar Ciencias Sociales y Humanas, Número 27, julio 2014, págs. 20 y s.

*Los bienes o servicios ofrecidos en el mercado deben ser seguros en condiciones de uso normal o razonablemente previsible. Estos no deben presentar riesgo alguno para la protección de la salud y seguridad de las personas. Son considerados admisibles, únicamente los riesgos mínimos compatibles con el uso del bien o servicio. La persona proveedora deberá señalar la duración.*

*Según la naturaleza del bien o servicio, cuando existe un riesgo previsible, las personas proveedoras deberán advertir a las personas consumidoras o usuarias sobre dicho riesgo, incluyendo los lesivos para el medio ambiente. Asimismo, deberán informar sobre el modo correcto de utilización del bien, mediante etiquetado o instructivo, de acuerdo con la norma técnica respectiva o conforme las especificaciones que se establezcan en el documento de compra venta”.*

Si bien *ab initio* la norma señala que los bienes o servicios no deben presentar riesgo alguno para la protección de la salud y seguridad de las personas. Acto seguido, la terminología empleada no protege a los consumidores y usuarios contra todos los riesgos posibles, sino que se introduce la cláusula de salvaguarda: *“Son considerados admisibles, únicamente los riesgos mínimos compatibles con el uso del bien o servicio”.*

Por otra parte, si ya de por sí es difícil especificar el alcance del término, todavía es más difícil fijar sus medios de concreción, aunque, con carácter previo, cabe establecer que éstos no se pueden desvincular de los niveles de control y calidad exigidos a los productos en su elaboración o fabricación, suministro y conservación establecidos en la Ley 842 y su reglamento.

Con todo, aunque las normas de seguridad cumplen principalmente una función de prevención, el problema central en la configuración de este derecho se centra en la delimitación del nivel admisible de riesgo, que en cada momento tendrá que ponerse en vinculación con factores tales, como los riesgos del desarrollo, los avances de la investigación científica y técnica, entre otros.

#### **iv. Salud y seguridad**

Mientras el concepto de salud alude únicamente a las cuestiones vinculadas con el bienestar físico y psíquico de la persona, el derecho a la seguridad está referido a los riesgos generados por productos o servicios que puedan afectar a la salud de las personas, siendo precisamente sobre este extremo sobre el que se centra la protección a los consumidores en la Ley 842.

Con ello se ha conseguido no sólo la protección del derecho a la salud de las personas, sino asimismo, la consagración legal del derecho básico a la pro-

tección contra los riesgos que puedan afectar a su salud o seguridad, lo que obliga a la adopción de una serie de medidas más amplias.

#### **iv. Desarrollo normativo del principio de protección de la salud y seguridad en la Ley 842**

##### **a. Medidas de prevención de riesgos**

Como ya dijimos, el principio general se desarrolla en el artículo 13 de la Ley: *Los bienes o servicios ofrecidos en el mercado deben ser seguros en condiciones de uso normal o razonablemente previsible. Estos no deben presentar riesgo alguno para la protección de la salud y seguridad de las personas...*

Este artículo es luego desarrollado en los subsiguientes preceptos del 14 al 19 de la Ley 842 que, básicamente, se ocupan de: los peligros no previstos; de la responsabilidad de las personas proveedoras de bienes peligrosos o dañinos para la salud; del etiquetado, registro sanitario y fecha de vencimiento de productos de consumo humano; del envasado seguro y retiro de productos con sustancias peligrosas; de las leyendas obligatorias en las campañas publicitarias; y de los bienes y servicios acordes con las normas técnicas obligatorias<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> **Artículo 14 de la Ley 842: Responsabilidad de las personas proveedoras de bienes peligrosos o dañinos para la salud:** Las personas proveedoras a las que se le hubieren otorgado patentes, autorizaciones, licencias u otros documentos o permisos por el Estado, para la investigación y desarrollo de bienes que puedan resultar peligrosos o dañinos para la salud de la población, en ningún caso se eximirán de la responsabilidad de indemnización por los posibles daños y perjuicios ocasionados a las personas consumidoras y al medio ambiente.

En estos casos la DIPRODEC aplicará las sanciones correspondientes de conformidad a lo dispuesto en esta ley.

**Artículo 15 de la Ley 842: Sobre peligros no previstos:** En el caso que se ofrezcan en el mercado bienes en los que posteriormente se detecte la existencia de peligros no previstos para la salud y seguridad física de las personas consumidoras y usuarias, la persona proveedora estará obligada a adoptar todas las medidas necesarias para eliminar o reducir el peligro o riesgo que causen los mismos. En estos casos la persona proveedora deberá notificar inmediatamente a las autoridades competentes para que sean retirados, destruidos, reparados, sustituidos, o retenidos temporalmente según corresponda.

Cuando la persona proveedora no cumpla con lo establecido en el párrafo anterior, la autoridad competente procederá a aplicar la sanción correspondiente e informará a las personas consumidoras sobre los riesgos de utilización o adquisición de estos bienes con las advertencias del caso.

**Artículo 16 de la Ley 842: Sobre el etiquetado, registro sanitario y fecha de vencimiento de productos de consumo humano:** Los medicamentos y alimentos para consumo humano, deberán disponer de la etiqueta en idioma español, o en las lenguas oficiales de las Regiones de la Costa Atlántica, según sea el caso. La persona proveedora será responsable de adecuar su cadena de logística de acuerdo a los tiempos de vencimiento de los productos, con el fin de evitar la comercialización de productos vencidos. Se prohíbe que se ofrezcan productos vencidos.

No se ofrecerán productos que no dispongan de registro sanitario en Nicaragua, salvo los que estén reconocidos en el país por instrumentos internacionales. Tampoco se ofrecerán productos que se encuentren en fase de experimentación.

**Artículo 17 de la Ley 842: Envasado seguro y retiro de productos con sustancias peligrosas:** Los productos químicos y todos los artículos que en su composición lleven sustancias clasificadas como peligrosas

## b. Medidas represivas y reparadoras de los daños

La ley y el reglamento establecen una serie de medidas de carácter represivo y reparador del daño producido que actuarán con posterioridad a la lesión de estos bienes jurídicamente protegidos.

Estas medidas se contienen fundamentalmente en el Capítulo III, del TÍTULO III (DE LOS ÓRGANOS, PROCEDIMIENTO Y RÉGIMEN DE SANCIONES) de la Ley 842; y en el Capítulo XX del Reglamento.

Por ahora sólo basta señalar que estas medidas represivas aunque están dirigidas a una tutela posterior a la comisión del daño, aparejan un efecto disuasorio y, en este sentido, tienen también una cierta eficacia preventiva como freno para la comisión de futuras acciones similares.

## c. El riesgo permitido y la obligación general de información al consumidor de tales riesgos

El precitado artículo 13 del Reglamento, como ya hemos señalado, introduce una cláusula de salvaguarda, en el sentido de entender que: *Son considerados admisibles, únicamente los riesgos mínimos compatibles con el uso del bien o servicio.*

En principio, el precepto considera como tolerables los riesgos derivados del uso o disfrute de los bienes o servicios y, en todo caso, *según la naturaleza*

---

deberán ir envasados con las debidas garantías de seguridad y llevar de forma visible las indicaciones que adviertan el riesgo de su manipulación.

Asimismo, se deberá suspender la comercialización de cualquier producto que no se ajuste a las condiciones previstas en convenios, tratados, leyes, reglamentos, normas y código alimentario, aplicables nacional e internacionalmente que ponga en riesgo la salud y seguridad de las personas.

**Artículo 18 de la Ley 842: De las leyendas obligatorias en las campañas publicitarias:** En las campañas publicitarias de productos cuyo consumo de forma continuada o prolongada implique riesgos para la salud humana, deberá incluirse la advertencia en forma de leyenda sobre la peligrosidad de su uso, la mezcla con otros productos o ingredientes y su consumo.

En el caso de productos del tabaco, las prohibiciones y mecanismos de control efectivo al consumo del mismo, reportes, notificaciones, registros, así como la publicidad o cualquier otra actividad de promoción que induzca de manera directa o subliminal al consumo del tabaco, se ajustará exclusivamente a lo dispuesto en la Ley N°. 727, “Ley para el Control del Tabaco”, publicada en La Gaceta, Diario Oficial N°. 151 del 10 de agosto del 2010 y su Reglamento, Decreto N°. 41-2011, publicado en La Gaceta, Diario Oficial N°. 155 del 18 de agosto del 2011.

En cuanto a la publicidad de bebidas alcohólicas, se prohíbe como medio para incentivar el consumo del alcohol la aparición de niños, niñas o adolescentes, símbolos patrios, símbolos religiosos y mensajes precisos que expresen que es necesario su consumo para reafirmar la identidad nacional de la persona consumidora. La advertencia en cuanto al uso de bebidas alcohólicas deberá decir “El consumo excesivo de este producto es perjudicial para la salud”; dicha leyenda deberá estar acorde al tamaño de su envase o empaque.

**Artículo 19 de la Ley 842: Bienes y servicios acordes con las normas técnicas obligatorias:** Los bienes y servicios que se oferten en el territorio nacional, deberán cumplir con las condiciones de cantidad, calidad, seguridad e inocuidad, todo de acuerdo a las normas técnicas obligatorias de productos, calidad, etiquetas, pesas y medidas y demás requisitos dentro del marco regulatorio nacional e internacional que deban llenar los bienes y servicios que se vendan en el país.



*del bien o servicio, cuando existe un riesgo previsible, las personas proveedoras deberán advertir a las personas consumidoras o usuarias sobre dicho riesgo, incluyendo los riesgos para el medio ambiente. Asimismo, deberán informar sobre el modo correcto de utilización del bien, mediante etiquetado o instructivo, de acuerdo con la norma técnica respectiva o conforme las especificaciones que se establezcan en el documento de compra venta.*

Pese a la previsión, de marcado carácter objetivo, se echa en falta una disposición normativa expresa que señale la obligatoriedad de atender, también, a los aspectos subjetivos del consumidor, es decir, que haga referencia a las personas a las que van dirigidos los bienes o servicios.

Un último aspecto a tener en cuenta es el hecho de que la obligación consistente en que *deberán advertir* constituye una clara manifestación del derecho de información consagrado en la Ley 842<sup>18</sup>.

## **4.2. Protección de los intereses económicos y sociales**

El ya citado artículo 6 numeral 3 de la Ley 842 se refiere al derecho de los consumidores y usuarios a: *Estar protegidas en sus intereses económicos y sociales, y en particular contra las prácticas arbitrarias de cláusulas abusivas en los contratos, de conformidad a lo establecido en la presente ley.* Justamente sobre este tópico deseo extenderme en las siguientes líneas.

### **i. La contratación mediante “condiciones generales”**

#### **i.1 Noción, característica y función económica**

No cabe duda que en el tráfico jurídico en masa de hoy en día, se celebran cada vez con menos frecuencia los contratos en los que las partes discuten las condiciones del mismo en un plano de igualdad y con una clara libertad de contratar o no, debilitándose así, grandemente, el papel de las voluntades individuales.

De hecho, en la inmensa mayoría de los contratos mercantiles la igualdad con la que las partes actúan es, eminentemente, teórica, ello en razón de que una de las partes ostenta una posición económica tan sólida que le permite

---

<sup>18</sup> **Artículo 6 de la Ley 842:** “Derechos de las personas consumidoras y usuarias: Las personas consumidoras y usuarias tendrán entre otros, los siguientes derechos: **8.** Recibir la información adecuada de sus derechos y mecanismos de protección para actuar ante los órganos e instituciones públicas existentes, especializados en la materia; **9.** Recibir información veraz, oportuna, clara y relevante sobre los bienes y servicios ofrecidos por parte de las personas proveedoras...”.

imponer sus condiciones a los clientes que desean contratar con ella. Nacen así, en algunos ámbitos del tráfico, como en el bancario, en el de seguros y en el de suministros de los servicios básicos (agua, luz, teléfono), los llamados “contratos tipo” o “de adhesión” (o “*por adhesión*” como le llama la Ley 842).

En otras palabras, se trata de contratos uniformes, cuyo contenido se establece de antemano en unas cláusulas o “condiciones generales” prácticamente “inamovibles”. De tal suerte que, las aludidas condiciones generales de la contratación son cláusulas que se establecen unilateralmente por el proveedor de bienes o servicios, sin que el consumidor pueda discutir o modificar sustancialmente su contenido al momento de contratar.

Así, estas denominadas “condiciones generales” se caracterizan por su predisposición y por su imposición a uno de los contratantes, de modo que éste no influye, de ninguna manera, en su contenido. A pesar de que esta forma de contratación ofrece importantes atractivos económicos, entre ellos la rapidez de la contratación y la racionalización de la actividad económica, aunque debe advertirse que tales bondades, en ningún caso, podrán justificar los daños que dichas condiciones generales puedan producir en los intereses económicos del consumidor o usuario<sup>19</sup>.

## **i.2 Naturaleza jurídica**

Por lo que hace a la naturaleza jurídica de las condiciones generales hay que distinguir dos supuestos: En los casos en que éstas vienen impuestas a los contratantes por una autoridad administrativa (Estado, entes rectores de un determinado mercado, entre otras), tales condiciones se exteriorizan como verdaderas normas jurídicas, de obligatoria observancia para los contratantes (tanto para los empresarios como para los clientes), siendo, entonces, su naturaleza equiparable a la propia del Derecho objetivo. Con todo, nos parece que tal situación es más bien la excepción y, en todo caso, se trata de una especie de “cláusula derivada” de una verdadera norma de derecho objetivo (la Ley o reglamento que obliga a observar unas determinadas pautas en todos los contratos de cierto tipo)<sup>20</sup>.

Más bien, de manera general, nos parece que las condiciones generales, en tanto sólo adquieren eficacia cuando forman parte de un contrato, cuya

<sup>19</sup> Uría, Rodrigo; Menéndez, Aurelio y Vérguez, Mercedes, “Especialidades de la contratación mercantil” en la obra *Uría – Menéndez. Curso de Derecho Mercantil*, T. II, Civitas, Madrid, 2001, págs. 54 y s.

<sup>20</sup> Uría; Menéndez y Vérguez, *op. cit.*, pág. 55.

validez requiere, forzosamente, el consentimiento de ambas partes, tienen la naturaleza propia del Derecho Negocial, al que le son aplicables las normas sobre obligaciones y contratos. Así, no basta la simple voluntad del proponente para que las condiciones generales rijan las relaciones contractuales, puesto que no se trata de verdaderas normas de Derecho objetivo<sup>21</sup>.

### i.3 Control jurídico

Para paliar de alguna manera la dureza de los rasgos que caracterizan a las condiciones generales de la contratación, la normativa nicaragüense en materia de defensa de los consumidores y usuarios viene a establecer una suerte de control de incorporación y de control de contenido de dichas condiciones<sup>22</sup>.

En razón del *control de incorporación*, de carácter eminentemente formal, se intenta evitar que las condiciones generales sean desconocidas por el consumidor o usuario, tratando de garantizar, por ende, que éstas hayan sido aceptadas en cada particular negocio. En tal sentido se establece un deber de información y un deber de claridad, concreción y sencillez<sup>23</sup> en la redacción del contenido negocial<sup>24</sup>.

El "*control de contenido*", de naturaleza sustancial, pretende evitar, en razón de la buena fe contractual, la eficacia de las condiciones generales "abusivas", es decir, aquéllas que causen un perjuicio desproporcionado al otro contratante<sup>25</sup>.

Conviene comentar que, en el Derecho comparado, por ejemplo en el español, se establecen, además de la acción individual de control subjetivo del

<sup>21</sup> Cfr. Uría; Menéndez y Vérguez, *op. cit.*, págs. 55 y s.

<sup>22</sup> En el mismo sentido Broseta Pont, Manuel y Martínez Sanz, Fernando, *Manual de Derecho Mercantil*, Vol. II, undécima edición, Tecnos, Madrid, 2003, pág. 51.

<sup>23</sup> **Artículo 34 de la Ley 842: "Requisitos de forma de las condiciones del contrato por adhesión.** Las condiciones de los contratos por adhesión deben cumplir los siguientes requisitos mínimos:

1. Ser redactados en términos claros, comprensibles e impresos sin espacios en blanco, en letra arial tamaño 12 en idioma oficial del Estado. Asimismo, podrán redactarse en lenguas de las comunidades de la Costa Atlántica, según sea el caso. De no poderse dar esta última disposición, la persona proveedora tomará las providencias necesarias para facilitarles a las personas consumidoras y usuarias la traducción de los mismos, que permita una comprensión idónea para los fines correspondientes;
2. Contener información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del bien o servicio objeto del contrato por adhesión;
3. Contener al menos los siguientes datos generales: nombre y domicilio de la persona proveedora; lugar en el cual se contratan los bienes o servicios; exposición clara de los derechos y obligaciones de las personas consumidoras y usuarias; obligaciones de la persona proveedora, totalidad de los costos que tendrán los servicios; tiempo de vigencia del contrato, garantías, entre otras; y
4. No ser remitidos a textos o documentos que no sean del conocimiento público o que no se faciliten a la persona consumidora y usuaria, previo a la celebración del contrato".

<sup>24</sup> Broseta Pont y Martínez Sanz, *Manual de Derecho Mercantil*, cit., págs. 51 y s.

<sup>25</sup> Así Uría; Menéndez y Vérguez, "*Especialidades de la contratación mercantil*", cit., págs. 56 y s.

adherente, una serie de “acciones colectivas”, que propenden a ejercer un control objetivo de cesación, retractación y reconocimiento<sup>26</sup>.

#### **i.4 Ámbito de aplicación**

En nuestro sistema jurídico, el ámbito objetivo de aplicación del “Derecho de las condiciones generales de los contratos” no afecta, como se infiere de lo comentado arriba, a aquéllas que sean el reflejo de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas. Asimismo, tal Derecho no es aplicable a los contratos laborales y a los contratos en razón de servicios profesionales o técnicos para cuyo ejercicio se requiera tener título<sup>27</sup>.

En cuanto al ámbito subjetivo de aplicación de este Derecho, éste vendrá a afectar a los contratos realizados “entre dos partes que intervienen en una transacción en su carácter de proveedor y consumidor o usuario”. Entendiéndose por consumidor o usuario toda persona natural o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta bienes o servicios, tanto privados, como públicos, como destinatario final. Por su parte, proveedor es toda persona natural o jurídica de carácter público, privado o mixto, que de forma habitual desarrolla las actividades de producción, fabricación, importación, distribución, comercialización o alquiler de bienes o prestación de servicios a las personas consumidoras o usuarias<sup>28</sup>.

Siempre en “sede subjetiva”, conviene indagar si el Derecho de las condiciones generales es aplicable a aquellos negocios celebrados entre empresarios, especialmente los que tienen lugar entre un gran empresario y empresarios pequeños o medianos. En tal sentido, de entrada, no podemos negar que el sistema de protección legal está pensado para resguardar los derechos de los consumidores en sus relaciones con los empresarios. Pese a ello, nos parece que no es posible dejar de considerar que, en consonancia con los principios generales que informan al ordenamiento jurídico en general, puedan aplicarse “por analogía” las disposiciones atinentes a la materia, cuando sea

---

<sup>26</sup> Sánchez Calero, Fernando, *Instituciones de Derecho mercantil*, Volumen II, 24ª. Edición, McGraw Hill, Madrid, 2002., pág. 147. Así, la “acción de cesación” tiene por objeto la obtención de una sentencia que ordene al empresario eliminar las condiciones generales que se consideren nulas, debiendo abstenerse, a su vez, de seguir utilizándolas. Por su parte, la “acción de retractación” se dirige a obtener una resolución que mande al “proveedor” a retractarse de haber recomendado utilizar cláusulas nulas y de seguir haciéndolo en lo sucesivo. Por su parte, la “acción de reconocimiento”, está encaminada a que, por medio de una sentencia, se obligue al empresario a reconocer una cláusula como condición general de la contratación y, lógicamente, a que se inscriba en el Registro en los casos en que así se amerite.

<sup>27</sup> Artículo 3 de la Ley 842.

<sup>28</sup> Artículo 5 de la Ley 842.

evidente para el juzgador la existencia de cláusulas abusivas en el particular contrato de que se trate<sup>29</sup>.

### **i.5 Régimen jurídico en materia de cláusulas abusivas**

Líneas atrás dijimos que el “control de contenido” de las condiciones generales de la contratación pretende evitar, en razón de la buena fe contractual, la eficacia de aquellas cláusulas “abusivas”, es decir, las que causen una lesión desproporcionada al otro contratante.

En tal sentido, el legislador, en el artículo 5 de la Ley 842, elabora un concepto de “Cláusulas abusivas”, de tal suerte que, *éstas son todas aquellas estipulaciones contractuales, que habiendo sido establecidas unilateralmente por la persona proveedora, se consideren en contra de las exigencias de la buena fe, causando un desequilibrio de los derechos y obligaciones en perjuicio de las personas consumidoras o usuarias.*

Así, nos parece que tal noción pasa por incluir al menos tres elementos claves que permiten configurarla: en primer lugar, ha de tratarse de cláusulas no negociadas individualmente; en segundo término, deben ser contrarias a las exigencias de la buena fe; y, por último, deben causar un perjuicio al consumidor, es decir, producir una ruptura al principio de equivalencia de las prestaciones<sup>30</sup>.

Por último, la regulación en materia de cláusulas abusivas viene a ser complementada por el artículo 37 de la Ley 842, el cual prevé que no producen ningún efecto, y se tendrán por no puestas, las cláusulas de un contrato que:

1. *Impliquen la renuncia de los derechos de las personas consumidoras o usuarias que contiene la presente ley;*
2. *Limiten, exoneren o atenúen la responsabilidad de la persona proveedora por vicios de cualquier naturaleza de los bienes o servicios contratados en perjuicio de la persona consumidora o usuaria;*
3. *Impidan a la persona consumidora la opción de reembolso del monto ya pagado;*
4. *Transfieran responsabilidades a terceras personas proveedoras;*
5. *Establezcan la carga de prueba en perjuicio de la persona consumidora;*
6. *Determinen la utilización obligatoria del arbitraje;*
7. *Autoricen a la persona proveedora a cancelar el contrato unilateralmente, sin conferir igual derecho a la consumidora;*
8. *Impliquen renuncia de la persona consumidora al*

<sup>29</sup> Uría; Menéndez y Vérguez, “Especialidades de la contratación mercantil”, cit., pág. 56.

<sup>30</sup> Cfr. Sánchez Calero, quien comenta que “para la apreciación de estas circunstancias y en definitiva para la calificación de la cláusula como abusiva ha de tenerse en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y también el conjunto de circunstancias que concurren en el momento de la celebración del contrato”: (*Instituciones de Derecho mercantil*, cit., pág. 150).

*derecho de ser resarcido por daños y perjuicios; 9. Autoricen a la persona proveedora a modificar unilateralmente el contenido del contrato o la calidad del bien o servicio objeto del contrato, después de su celebración; 10. Establezcan la renuncia al derecho de indemnización por mejoras necesarias; 11. Fijar los términos de prescripción inferiores a los previstos por el Código de Comercio, Código Civil y leyes especiales; 12. Establezcan que el silencio de la persona consumidora se tendrá por aceptación de cualquier modificación, restricción o ampliación de lo pactado en el contrato; 13. Establezcan la renuncia al derecho de terminar anticipadamente el contrato o retractarse del mismo; 14. Exoneren o limiten la responsabilidad a la persona proveedora por daños, incumplimiento o mora; 15. Establezcan indemnizaciones, cláusulas penales o cargos desproporcionados, con relación a los daños por resarcir a cuenta de la persona consumidora o usuaria; 16. Hagan responsable a la persona consumidora o usuaria por efecto de las deficiencias, errores u omisiones del bien o servicio cuando no les sean imputables; 17. Obliguen a la persona consumidora a dar consentimiento para utilizar sus datos personales con fines mercadotécnicos.*

En otras palabras, el artículo 37 viene a ofrecer una lista, en nuestra opinión ejemplificativa, que no taxativa, de las conductas que en nuestro sistema jurídico pueden encuadrarse como cláusulas abusivas.

### **i.6 El Registro de condiciones generales de la contratación**

Llama poderosamente la atención que el ordenamiento jurídico español ha creado un Registro de condiciones generales de la contratación, mismo que se integra en la estructura jurídica del Registro de la Propiedad y Mercantil.

Con todo, buena parte de los juristas opinan que la creación de dicho registro no es del todo justificable, ya que éste no puede ni debe producir otros efectos que no sean aquellos de estricta publicidad. Además, una condición general lo es en razón de su utilización y no, precisamente, por el hecho de su inscripción en el Registro<sup>31</sup>.

Como es obvio, en dicho registro se inscribirán las cláusulas de los contratos cuya naturaleza sea la propia de las “condiciones generales”, facultándose al Gobierno para que ordene que en determinados sectores económicos se tenga la inscripción como obligatoria. También se inscribirán las ejecutorias de las sentencias firmes que versen sobre dichas condiciones generales; la anotación preventiva de las demandas a que diera lugar el ejercicio de las acciones individuales o colectivas que se incoen contra una o algunas de tales

<sup>31</sup> Vid. Broseta Pont y Martínez Sanz, *Manual de Derecho Mercantil*, cit., pág. 54.

condiciones generales; e, incluso, simples hechos, eso sí, debidamente acreditados, tales como la “persistencia en la utilización de cláusulas declaradas judicialmente nulas”<sup>32</sup>.

Tomando en cuenta su utilidad, sería deseable, cuando menos, debatir en nuestro medio la pertinencia de este tipo de registros.

### Conclusiones

Ley 842. Ley de protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias, tiene una vocación omnicomprendiva del catálogo de los principales derechos y garantías aplicables a los consumidores y usuarios en el sistema jurídico nicaragüense. También valga decir que dicha norma supera en gran medida la vocación inconstitucional que caracterizaba al régimen anterior en materia de consumo.

En nuestra opinión, los derechos y garantías conferidos a los consumidores y usuarios en Nicaragua están a tono con el contenido de las modernas legislaciones en la materia. Si bien, todavía existen algunos aspectos normativos mejorables, nos parece que tales vacíos e inconsistencias no afectan ostensiblemente los intereses de los consumidores y usuarios de nuestro país.

---

<sup>32</sup> Broseta Pont y Martínez Sanz, *op. cit.*, pág. 55.

## REFERENCIAS

### Bibliográficas

BROSETA PONT, MANUEL Y MARTÍNEZ SANZ, FERNANDO, *Manual de Derecho Mercantil*, Vol. II, undécima edición, Tecnos, Madrid, 2003.

DÍOS VIÉITEZ, MARÍA VICTORIA, *El Derecho a la protección de la salud en Curso de Derecho Administrativo Iberoamericano*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid, 2015, págs. 743 a la 763.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, SARA LIDIA Y KLEIN VIERA, LUCIANE, *La noción de consumidor en el MERCOSUR* en Cuadernos de Derecho Transnacional, octubre, 2011, volumen 3, Número 2, págs. 73 y ss.

GARCÍA SÁNCHEZ, DAVID, *La noción de consumidor* en Consumo & Legal, Número 68, Marzo 2012, págs. 1 y ss.

SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO, *Instituciones de Derecho mercantil*, Volumen II, 24<sup>a</sup>. Edición, McGraw Hill, Madrid, 2002.

SANDOVAL LÓPEZ, RICARDO, *La Protección del consumidor y la libre competencia en Derecho Comercial*, Tomo I, Volumen 1, págs. 128 a la 172.

VILLALBA CUÉLLAR, JUAN CARLOS, *La responsabilidad por producto defectuoso en el Derecho colombiano* en Civilizar Ciencias Sociales y Humanas, Número 27, julio 2014, págs. 17 a la 39.

URÍA, RODRIGO; MENÉNDEZ, AURELIO Y VÉRGEZ, MERCEDES, *Especialidades de la contratación mercantil* en la obra *Uría – Menéndez. Curso de Derecho Mercantil*, T. II, Civitas, Madrid, 2001, págs. 54 y ss.

### Normativas

Ley 182. Ley de defensa de los consumidores. Publicada en la gaceta, diario oficial, número 213, del 14 de noviembre de 1994.

Decreto A. N. 2187. Reglamento de la Ley 182, Ley de defensa de los consumidores". Publicado en la gaceta, diario oficial, número 169, del 3 de septiembre de 1999.

Ley 842. Ley de protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias. Publicada en la gaceta, diario oficial, número 129, del 11 de julio de 2013.

Decreto número 36-2013. Reglamento de la Ley 842, Ley de protección de los



derechos de las personas consumidores y usuarias. Publicado en la gaceta, diario oficial, número 192, del 10 de octubre de 2013.

Ley 854. Ley de reforma parcial a la constitución política de la República de Nicaragua. Publicada en la gaceta; diario oficial, número 26, del 10 de febrero de 2014.

# La eclipsada protección de los consumidores en el contexto global, bosquejando una normatividad internacional

Tatiana Vanessa González Rivera<sup>1</sup>

*La tutela de los derechos del consumidor sin políticas económicas reales para ejercerlos y sin normatividad internacional vinculante para protegerlos, es un regalo del neoliberalismo, que es decir del diablo<sup>2</sup>.*

**Resumen:** El complejo y multifacético fenómeno de la globalización ha creado el escenario para un pluralismo jurídico en auge que admite la coexistencia de diversos ordenamientos reguladores principalmente del nuevo orden económico mundial. Sin embargo, en el conjunto de normas que integran el Derecho Internacional Privado se evidencia una carencia regulativa de las relaciones de consumo con vocación mundial, provocando una falta de reconocimiento y protección de los derechos, admitidos a su vez como derechos humanos, de los destinatarios finales de los bienes y servicios de la actividad comercial propia de una cadena económica global.

**Palabras claves:** Comercio global, relación de consumo internacional, carencia normativa.

**Abstract:** *The complex and multifaceted phenomenon of globalization has created the stage for a legal pluralism which is currently booming and supports the coexistence of different regulatory systems mainly of the new world economic order. However, in the set of rules that form the Private International Law, it is evident the lack of regulation of consumer relations with global vocation, causing a lack of recognition and*

---

<sup>1</sup> Licenciada en Derecho con mención en Derecho Económico por la Universidad Centroamericana (UCA), Managua, Nicaragua. Maestría en Derecho por la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México. Actualmente Doctora en Derecho y Globalización por la misma alma mater. Correo electrónico: tatygonz25@live.com

<sup>2</sup> Parfraseo de la expresión citada por Ghersi, Carlos A. en: *El Derecho del Consumidor y políticas económicas de la década de los noventa*. Editorial Juris, Argentina, 1992, p. 31.

*protection of the consumers rights, also recognized as human rights; this consumers are considered as the final recipients of goods and services of the commercial activity in a global economic context.*

**Key Words:** *Global trade, international consumer relationship, lack regulations.*

## 1. Introducción

Las alertas jurídicas suenan en la contemporánea edificación económica mundial, el eco traspasa las arquitecturas nacionales evocando un paisaje jurídico normativo en materia de consumidores, en un plano internacional, que palidece frente a otros ordenamientos jurídicos rebosantes de instrumentos en el mismo contexto global, provocando una asimetría normativa entre las diversas parcelas que, con proyección mundial, nutren el Derecho Internacional Privado y tienden a la regulación de las circunstancias jurídicas que se desenvuelven en la nueva órbita económica globalizada.

Y es que en el contexto de la economía con vocación mundial existe una amplia variedad de instrumentos tanto sustantivos como adjetivos que regulan el tráfico jurídico comercial actual. Pautas que devienen de los usos y costumbres de los mercaderes del siglo XXI, a través de lo que denominamos una autorregulación en el marco de la *Lex Mercatoria*, ello le otorga seguridad jurídica a las operaciones de la gran comunidad empresarial y de los Estados mismos en el ámbito mercantil.

No obstante, la actividad de intercambio que burila la inmanencia del comercio tiene una evidente repercusión en el ámbito de consumidores – de hecho son ellos los destinatarios finales del quehacer empresarial de tal comunidad –, así, la profesionalización de los agentes del comercio, la excesiva publicidad derivada del boom de los medios de comunicación e información que distorsiona la información volviendo pasivo y acrítico al consumidor mismo, los contratos tipos que han dado paso a la contratación en masa como forma evidente de limitación de la autonomía de voluntad, entre otras; son solo algunas de las secuelas que pueden emerger de un estudio razonado de la materia.

Por consiguiente, la regulación que deviene del Derecho Internacional Privado vigente no solo es insuficiente sino que está mucho más rezagada en comparación con el Derecho Mercantil Internacional, teniendo, tal raquítica normatividad en materia de consumo, una índole no convencional, es decir,

un simple derecho indicativo; emergiendo, por ende, la latente necesidad de un instrumento internacional con fuerza vinculante que regule tal parcela jurídica y otorgue protección internacional a los más débiles en este tipo de relaciones de consumo; delineando así un panorama de transgresión, incluso, a derechos humanos, pues la relación de consumo involucra intereses jurídicamente tutelados y valores propios que han quedado internacionalmente aceptados como parte de estos derechos subjetivos de los que se hace titular el consumidor.

## II. El Derecho de los consumidores ¿un Derecho global?

Hoy, envueltos en un contexto cada día más tendiente a la homogeneidad internacional, se ha producido una ruptura de los moldes normativos nacionales por parte de las distintas áreas y parcelas del Derecho, un pluralismo jurídico ha impregnado el amplio panorama de lo global con una incesante, otrora inimaginable, variedad de ordenamientos, representando así el mosaico del Derecho Internacional cuya acta de nacimiento fue expedida por el mundo jurídico desde que los procesos de mundialización e internacionalización transportaron nuestra realidad a un espacio definido por la globalización.

Así, los distintos sectores o conjunto de individuos agrupados en atención a intereses comunes, ampliando su voluntad y actuación a través de organismos internacionales coprotagonistas en el nuevo escenario mundial, se han dado a la tarea de regular espacios jurídicos, gestando una proyección de casi todos los ámbitos del Derecho al horizonte internacional con luz regulativa propia, es decir, imponiendo métodos, procedimientos y cunas de creación normativa emancipadas de las legislaciones estatales.

Es posible ubicar en el actual bosquejo jurídico internacional cualquier parcela del Derecho, sin embargo, algunas han tenido un mayor dinamismo normativo toda vez que los grupos cuya actividad se halla sometida a su regulación, han pugnado por una ordenación más dimensionada, juridificando casi todas las posibles aristas aunado al hecho de que norman actividades esencialmente relacionadas a la subsistencia misma del ser humano, con ello nos referimos sobre todo a las actividades ancladas al tráfico económico que comprende una vasta gama de circunstancias que interesa tutelar al Derecho, fragmentándose en diversas áreas jurídicas que regulan las conductas que se desenvuelven en la nueva plataforma de mercado.

Es así como aguijonado por un incesante intercambio de bienes y servicios entre individuos situados en distintas partes del mundo, las tecnologías de la información y comunicación (TIC) que tiñen de presteza las relaciones sociales, la internacionalización cada día más evidente de las empresas vistas como mercaderes de la época contemporánea, la aparición de importantes bloques regionales que dotan de inigualable impulso al comercio; se ha forjado un progresivo tráfico económico internacional. Este último, como bien refiere Matthias Herdegen<sup>3</sup> se enmarca en una red de normas que proceden de diversas fuentes y que se refieren al amplio espectro de las actividades económicas de los Estados, las organizaciones internacionales y las empresas privadas.

Es por lo anterior que la creciente interdependencia de los espacios económicos nacionales y los esfuerzos mundiales para reducir los obstáculos al comercio, entendido como liberalización, ya no permiten más una consideración aislada de los complejos normativos, impulsando así la interacción jurídica de las distintas ramas del Derecho que regulan, y a consideración del autor, del establecimiento transfronterizo de las empresas, el comercio internacional de mercancías y servicio, el desplazamiento de los trabajadores y la circulación internacional de capitales, resulta la visión jurídica completa del proscenio económico mundial;<sup>4</sup> sin embargo, consideramos que la relación de consumo intrínsecamente económica ha también traspasado fronteras, debiendo valorarse como un pilar normativo más que sostiene la estructura jurídica de la arquitectura económica internacional.

Los bienes extranjeros están en los supermercados, los servicios son ofrecidos por proveedores con sede en el exterior, a través del telemarketing, de la televisión, la radio, internet, la publicidad de masas cotidiana para la mayoría de los ciudadanos de nuestras metrópolis regionales. Las propias formas de producción y montaje son hoy internacionales; los contratos internacionales de consumo y el turismo se masificaron; de modo que se concluye que, sin hesitación alguna, consumir en forma internacional es típico en nuestra época.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> Herdegen, Matthias, *Derecho Económico Internacional*, 9ª ed., trad. Al castellano por Fach, Gómez, Katia; Piñeiro, Laura Carballo, et. al., Konrad Adenauer Fundación, Universidad del Rosario Editorial, Facultad de Jurisprudencia, Bogotá, 2012, p. 2.

<sup>4</sup> Ídem.

<sup>5</sup> Lima Marques, Claudia, *La insuficiente protección del consumidor en las normas del Derecho Internacional Privado. De la necesidad de una Convención Interamericana (CIDIP) sobre la ley aplicable a algunos contratos y relaciones de consumo*, artículo de los extractos del curso “La protección del consumidor: aspectos del derecho privado regional y general”, Curso de Derecho Internacional, CJI/OEA, Washington/Río de Janeiro, 2001, p. 2.

Ya no es necesario viajar, ser un consumidor activo, un consumidor turista, ni trasladarse para ser consumidor, contratando en forma internacional o relacionándose con proveedores de otros países.<sup>6</sup> La relación de consumo entendida como el vínculo oneroso entre aquél que provee un producto o presta un servicio y quien lo adquiere o utiliza como destinatario final;<sup>7</sup> se ha impregnado de internacionalidad desde el momento mismo en que cualquiera de los elementos que la componen se ubican en una plataforma de mercado mundial.

Lo anterior demuestra, entonces, que el contrato de consumo efectivamente se ha globalizado, y es que inconcusamente esta tercera revolución de la contemporaneidad ha dejado como remarcada impronta: el consumo; el paradigma de lo global ha mutado incluso el proceso hasta convertirlo en un verdadero consumismo que garbea impacientemente apresado trtas los barrotes del voraz sistema capitalista y resguardado por un implacable guardián neoliberal; hacedores del vigente e inequitativo sistema económico mundial.

Incluso para los sociólogos, en la actualidad, el consumo es algo más que un espacio en la cadena de la actividad económica. Es una manera de relacionarse con los demás y de construir la propia identidad. De hecho, en las sociedades denominadas como avanzadas, desde la irrupción de la producción en masa, el consumo, y especialmente el consumo de mercancías no necesarias para la supervivencia, se ha convertido en una actividad central, en donde los objetos consumidos, más allá de su valor y funcionalidad material, presentan una dotación simbólica, el acto de consumir sirve para construir y enfatizar identidades individuales, es una institución coactiva, que determina comportamientos sociales.<sup>8</sup>, de ahí que el proceso se vuelva cada vez más desmedido en esta sociedad global consumista.

Ahora bien, el anterior panorama ha vuelto mucho más complejas las relaciones de consumo, la cantidad de bienes y servicios que llegan a los posibles consumidores es hoy mucho más voluminosa que en épocas pasadas, la publicidad engañosa proliferada en todos los raudos medios de comunicación, la poca información, mayor vulnerabilidad de los intereses económicos frente

---

<sup>6</sup> Ídem.

<sup>7</sup> CajanJille Peluffo, Juan Pablo, *Concepto de relación de consumo*, versión corregida por el autor de su exposición en las “2as. Jornadas Uruguayas de Derecho de Consumo”, organizadas por la Directora de la Dirección, Área Defensa del Consumidor de la Dirección General de Comercio, Montevideo, 2001, p. 151.

<sup>8</sup> Cfr. Rodríguez Díaz, Susana, Consumismo y sociedad: una visión crítica del *homo consumens*, En: *Nómadas. Revista crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, núm. 34, Universidad de Educación a Distancia y Universidad Complutense de Madrid, España, 2012, pp. 1, 2 y 4.

a los contratos de adhesión masivos vistos como limitaciones del mercado más incisivas a la autonomía de voluntad; son algunos de los percances y desafíos que aguardan al Derecho del Consumo.

En ese sentido, la incógnita sujeta a interrogante es precisar si efectivamente esta parcela del Derecho Privado se ha proyectado a nivel internacional como conjunto de normas tendientes a regular las relaciones entre destinatarios finales y proveedores de los bienes o servicios objeto de la relación, en donde confluya un elemento foráneo que le dote de internacionalidad.

Bajo la anterior óptica y para dar respuesta oportuna a la interrogante que intitula el presente acápite es menester precisar los esfuerzos internacionales consagrados hasta la fecha y que sustentan la indiscutible necesidad jurídica de un Derecho Internacional del Consumo.

#### II.1. **Iniciativas en la regulación internacional del Derecho de los consumidores**

A diferencia de otros conceptos el referido al Derecho internacional de los consumidores es mucho más escurridizo en la literatura jurídica, ha sido escasa la pluma de versados en esta materia que procuren plasmar en voz escrita el sendero seguido por el Derecho del Consumo en un plano internacional, sobre el que posan los reflectores de la globalidad al igual que cualquier otra área del Derecho.

Ante la carencia doctrinal anterior es válido auxiliarnos de la lógica jurídica que nos indica que la conceptualización de las tradicionales ramas y parcelas del Derecho en un plano doméstico es perfectamente reproducible en un contexto internacional precisando tan sólo la presencia de un elemento de extranjería; así el Derecho de los consumidores es, estatalmente definido, como un conjunto de normas que aporta al Derecho Privado la posibilidad de volver a acercarse a las raíces más profundas de las relaciones contractuales y a establecer un equilibrio de las fuerzas entre los contratantes y las contraprestaciones que cada uno de ellos debe realizar<sup>9</sup>; protegiendo un conjunto de prerrogativas que se confieren específicamente a los consumidores en sus relaciones de consumo con los proveedores de bienes y servicios.<sup>10</sup>

De lo anterior se desprende entonces que el Derecho del Consumo con vocación mundial refiere a una parte del Derecho Internacional Privado con-

<sup>9</sup> Paños Pérez, Alba, *Derechos y garantías del consumidor en el ámbito internacional*, Universidad de Almería Ed., España, 2014, p. 2.

<sup>10</sup> Ovalle Favela, José, *Derechos del Consumidor*, Universidad Autónoma de México, 2000, p. 3.

formada por un conjunto de normas tendientes a regular una relación contractual entre aquel sujeto que abastece (proveedor) un objeto susceptible de comercialización (bien o servicio) a otro visto como destinatario final con el propósito de adquisición para la satisfacción de una necesidad primordial o personal siempre que confluya un elemento extranacional.

Dichas relaciones, como bien detallan Racet y Soler<sup>11</sup>, van a seguir estructurándose conforme al esquema tradicional establecido por el Derecho Privado: el contrato; en esa línea de pensamiento un contrato de consumo será aquel que, mayoritariamente, se perfecciona por adhesión a condiciones generales y tiene por objeto la prestación de servicios (necesidades genéricas y disímiles de carácter público y social) a través de la entrega en posesión de un bien, la realización de cierta actividad o la ejecución de un trabajo, que será desplegada por personas naturales o jurídicas autorizadas por ello y que habitualmente se dedican a tal fin.

La presencia de un elemento extranjero en la relación de consumo puede identificarse en cualquiera de las siguientes situaciones: cuando el proveedor se traslada de un país a otro para comercializar bienes o servicios, cuando el consumidor adquiere bienes o servicios vía electrónica sin necesidad de desplazarse del lugar de su domicilio, cuando el consumidor se desplaza hacia un Estado diferente donde será desarrollada dicha relación de consumo, o cuando, tanto el proveedor como el consumidor sostienen la relación en un tercer Estado ajeno al de ambos.<sup>12</sup>

En verdad, el derecho del consumidor tiene una vocación internacional, y en ningún otro sector del derecho privado los modelos y las inspiraciones extranjeras y supranacionales estuvieron tan presentes.<sup>13</sup> De modo que podría ser desatinado cavilar que el Derecho del consumidor se mantuvo incólume ante los avatares globales, cabiendo la posibilidad entonces, de identificarse algunos vestigios de un Derecho del consumo con tintes internacionales, sin que podamos evitar manifestar nuestro anticipado reproche ante un raquítico acervo normativo internacional en materia de consumidores.

Las brújulas históricas de los entendidos en la materia de los consumidores, suelen apuntar al siglo XX, cerca de los años sesenta, como el periodo que vio nacer el conjunto de regulaciones a favor de la parte endeble de una

<sup>11</sup> Racet Morciego, María Soledad y Soler del Sol, Alfredo, *Algunas consideraciones sobre el contrato internacional de consumo y la protección al consumidor*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2012, p. 297.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 299.

<sup>13</sup> Lima Marques, Claudia, *op. cit.*, p. 3.



relación contractual que representa el último nivel del ciclo económico, revelando un amplio y complejo horizonte de abusos; traduciéndose en esfuerzos normativos sobre todo en un plano nacional que rompieron con la regulación parcializada que emanaba de las legislaciones mercantiles y civiles, única normatividad que poco daba estatus al sujeto denominado consumidor.

Consiguientemente, la manera tan lenta en como se ha gestado la protección de los consumidores en un plano doméstico es exactamente el mismo reflejo de la andanza regulativa de dicho sector jurídico en el plano internacional; pues a sólo un par de décadas de producirse la explosión máxima del multifacético y complejo fenómeno de la globalización, recién se comenzaban a tejer los primeros entramados normativos de este relativamente inerme ámbito del Derecho.

Como bien es sabido, el Derecho Internacional presenta una notoria y contemporánea dicotomía que con una terminología metafórica, en los últimos años, se ha venido insistiendo en la existencia de un *Soft Law* y *Hard Law*, se trata de un contexto altermoderno que influyó a la aparición de figuras conocidas como *Soft Law*, el equivalente en español a “Derecho flexible” “Derecho blando” o “pre- derecho” - como algunos suelen llamarlo - carente de obligatoriedad y revestido por categorías jurídicas como: principios, reglas, leyes modelo, entre otras; a la par de un Derecho ya existente denominado *Hard law* o “Derecho Duro” que conlleva una fuerza vinculante que hace inexcusable su cumplimiento, representado por la fuente tradicional del Derecho Internacional: los tratados o convenciones. Conocer la anterior distinción teórica nos permitirá determinar qué tipos de instrumentos regulan actualmente el Derecho del Consumo desde una perspectiva internacional.

Hasta el momento el máximo referente internacional en materia de consumidores data de un esfuerzo emprendido a mediados de la década de los setenta, cuando el Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) solicitó al Secretario General preparar un estudio sobre la temática, especialmente referido a las leyes vigentes en los distintos países, y que realizara consultas con los países asociados, con el objeto de elaborar una serie de orientaciones generales para armonizar dicha protección a nivel global. Y finalmente, en 1983 se presenta un proyecto de Directrices ante el Consejo que posterior a varias negociaciones es aprobado el documento definitivo el 9 de abril de 1985 por la Asamblea General de la ONU.<sup>14</sup>

<sup>14</sup> Cfr. López Montoya, Elsy, La defensa del Derecho del consumidor desde una perspectiva internacional, en: *Revista Electrónica Amicus Curiae*, núm. 4, Sistema de Universidad Abierta, Facultad de Derecho de

Del mismo texto de las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor (DNUPC)<sup>15</sup> se desprende que las mismas deben ser consideradas como un conjunto de objetivos básicos y principios valiosos orientados principalmente a los países en vías de desarrollo, en donde estos sujetos denominados consumidores presentan graves desequilibrios, procurando así el fortalecimiento de una estructura económica y social justa, equitativa e incluso sostenida, ponderando ya una protección al medio ambiente mediante modalidades sostenibles de consumo (esta inclusión medioambiental se da en 1999 cuando las Directrices fueron actualizadas con una nueva sección – G – sobre Consumo y Producción Sustentables).

Finalmente, en 2012 se inicia un último proceso de actualización de las anteriores directrices, ardua labor que se prolonga por tres años culminando el 9 de julio de 2015 y en la que sobresale la participación activa de la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo (UNCTAD) y el *Consumers International*<sup>16</sup>, obteniendo como resultado material final la inclusión o ampliación de temáticas que radican en el sector de: la materia digital (comercio electrónico), servicios financieros, privacidad de los consumidores, extensión de dichas directrices a las empresas de propiedad estatal e inclusión del acceso a bienes y servicios esenciales como una nueva necesidad legítima.<sup>17</sup>

El resto de instrumentos internacionales que pudiéramos mencionar respecto de un Derecho de los Consumidores con vocación mundial se decantan por tener un perímetro normativo acotado al ámbito regional, demostrando indudablemente que los esfuerzos normativos en este tenor se hallan sumidos en la sombra de la austeridad.

La Unión Europea, como el ejemplo más prometedor de integración regional económica y política, conjetura una protección del consumidor a partir del Acta Única Europea en 1986 en donde los derechos de los consumidores alcanzan un lugar entre las políticas comunitarias, viéndose reforzada la posición de los llamados consumidores en el Tratado de Maastricht (1992) y el

---

la Universidad Nacional Autónoma de México, p. 4.

<sup>15</sup> Véase el texto de las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor (DNUPC) en: <http://www.consumersinternational.org/media/1362204/annex%20a%20spa.pdf>, consultado el 13 de junio de 2016.

<sup>16</sup> *Consumers International (CI)* es una federación mundial de organizaciones de consumidores que trabaja en conjunto con sus asociados, más de 250 organizaciones miembros en 120 países, y actúa como la única voz global autorizada e independiente de los consumidores. Véase la página oficial de CI en: <http://es.consumersinternational.org/who-we-are/about-us/>, consultado el 10 de junio de 2016.

<sup>17</sup> Véase el resumen de los comentarios de *Consumers Internacional (CI)* sobre el borrador final de la resolución sobre las directrices ONU, disponible en: <http://es.consumersinternational.org/media/1593717/resumen-de-comentarios-de-ci-a-textio-final-directrices.pdf>, consultado el 13 de junio de 2015.

Tratado de Ámsterdam (1997); así, esta imponente unión presenta una significativa legislación comunitaria en materia de consumo, que si bien asume la forma de directiva<sup>18</sup> obliga al Estado miembro en cuanto al resultado pero dando un margen de libertad para la selección de la forma y procedimientos.

Otro ineludible esfuerzo grupal refiere a las Directrices de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), entendidas como reglas para la protección de los consumidores, específicamente dichas directrices se emitieron como recomendaciones sobre: resolución de disputas y resarcimiento a consumidores adoptada por el Consejo de la OCDE el 12 de julio de 2007; prácticas comerciales transfronterizas fraudulentas y engañosas, adoptándose como una recomendación del Consejo de la misma entidad el 11 de junio de 2003; y la recomendación respecto a las Directrices para la Protección al Consumidor en el Contexto del Comercio Electrónico adoptada en 1999, básicamente son pautas orientadas a las 30 naciones que integran dicho foro, ayudando tan sólo a estas poderosas economías a responder a los nuevos desarrollos y preocupaciones.

El resto de posible regulación internacional vigente tan sólo plasma etéreas pinceladas regulativas de la materia objeto de estudio con un método misceláneo, dado que tienen como principal propósito la armonización de toda la esfera del Derecho Internacional Privado y procuran mayoritariamente, en materia contractual, al sujeto comerciante.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> Entre las más representativas podemos citar: a) La Directiva 84/450/CE, del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, modificada por las Directivas 97/55/CE, y 2005/29/CE. b) La Directiva 85/374/CEE, del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, modificada por la Directiva 1999/34/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo de 1999. c) La Directiva 90/314/CEE, del Consejo, de 13 de junio de 1990, concede derechos a quienes adquieren viajes combinados, vacaciones combinadas y circuitos combinados. d) La Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. e) La Directiva 94/47/CE, tiene como objetivo la protección de los adquirentes de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido. f) Las Directivas 97/7/CE y 2002/65/CE que contienen reglas de protección de los consumidores en materia de contratos a distancia. g) La Directiva 98/6/CE que obliga a los vendedores a indicar el precio de venta de los bienes de forma inequívoca, fácilmente identificable y claramente legible. h) La Directiva 1999/44/CE, que obliga el vendedor a entregar un bien que sea conforme al contrato de compraventa, confiriendo al consumidor, en caso de falta de conformidad que se manifieste dentro de un plazo de dos años a partir de la entrega del bien, los derechos de reparación, sustitución, reducción adecuada del precio o resolución del contrato. i) La Directiva 2001/95/CE que define los criterios de seguridad de los productos. j) Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior. Véase: Moráis Carvalho, Jorge, La protección de los consumidores en la Unión Europea, ¿Mito o realidad?, en: *Criterio Jurídico*, vol. 6, Santiago de Cali, 2006, pp. 249-253.

<sup>19</sup> Verbigracia: Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, el Código de Bustamante de 1928, el *First Restatement of Conflicts of Laws* de 1934 en el seno de la Organización de Estados Americanos, las Conferencias Interamericanas de Derecho Internacional Privado desde 1975, Convenio sobre Ley Aplicable a las Ventas de Carácter Internacional de Objetos Muebles Corporales de 1955 de la Conferencia de la Haya,

## 1.2. Desasistencia jurídica internacional en materia de consumidores

El anterior esquema normativo internacional nos apertura el espacio para una reflexión crítica y contundente sobre la agónica labor normativa que se ha emprendido en el vigente contexto internacional respecto de los derechos de los consumidores. Y es que como bien destaca Paños Pérez<sup>20</sup>, se trata de insuficiencias provocadas por un sistema que avanzó con el más fuerte, dejando parcialmente desasistida a la que se ha denominado parte débil del contrato.

Anquilosada regulación global que se hace más notoria al compararla con otras áreas del mismo Derecho Internacional Privado que rebosan de instrumentos internacionales reguladores de su esfera jurídica y que, como bien señala la anterior autora, protegen a la parte más fuerte de los intercambios comerciales y con ello aludimos sin miramientos al Derecho Mercantil Internacional; y es que los consumidores son un grupo económico, un sector que ha recibido una protección incidental derivada de la exhaustiva regulación del comercio en su esencia misma.

A nuestro juicio es a veces acotada la extensión analítica que se le da al Derecho Comercial, sólo interesa la relación jurídica que emerge de los intercambios de bienes y servicios olvidándonos de los destinatarios finales de tales mercancías, y si bien ello escapa al espectro jurídico del Derecho Mercantil cruzando los perímetros normativos del Derecho de los Consumidores, es reprobable que los protagonistas del tráfico jurídico comercial bloqueen el crecimiento legislativo del espacio jurídico de los consumidores, pues elevar los estándares normativos de protección de los aludidos consumidores implica un irremediable decrecimiento en el inclemente lucro que buscan los agentes del comercio; por ende, los instrumentos jurídicos que nutren la *Lex Mercatoria*<sup>21</sup> no contemplan la protección del último eslabón de la cadena económica.

Si lo primario es la realidad social y tras ella viene la norma, la verificación de la existencia de un grupo consolidado es esencial para apreciar<sup>22</sup> la inmi-

<sup>20</sup> Paños Pérez, Alba, *op. cit.*, p. 2.

<sup>21</sup> Conjunto de principios, instituciones y reglas provenientes de diversas fuentes que nutre constantemente las estructuras legales y la actividad específica de la colectividad de quienes operan en el comercio internacional. Se trata, en suma, de normas transnacionales que se van dando paulatinamente a sí mismos los socios en los intercambios comerciales, sobre todo en el marco de sus organismos profesionales y que los árbitros contractualmente designados por ellos para resolver sus litigios confirman y así mismo precisan, e incluso elaboran para ellos. Véase: Feldstein de Cárdenas, Sara, *Contratos Internacionales, Contratos celebrados por Ordenador, Autonomía de la voluntad, Lex Mercatoria*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, pp. 159 y 160.

<sup>22</sup> Fernández Rozas, José Carlos, Un nuevo mundo jurídico: la Lex Mercatoria en América Latina, en *Estudios sobre la Lex Mercatoria, una realidad Internacional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p. 62.

nente necesidad de un sistema legal internacional, como modelo unificado con vigencia y aplicación en todos los países en materia de consumidores que haga contrapeso a ordenamientos de naturaleza meramente comercial, ofreciendo un atisbo de respuesta a una sociedad de consumo, en donde las anteriores directrices no otorgan un nivel de protección elevado al ser instrumentos de derecho suave y la normatividad europea sólo colma el vacío legal a nivel regional.

Por ende, a falta de esa normativa especial se lleva a cabo una remisión, en base a la analogía, a las normas sobre derecho aplicable y jurisdicción relativas a contratos internacionales y obligaciones legales. Sin embargo, el problema con dichas normas yace en el hecho de que tienen como primer punto de conexión a la autonomía de la voluntad; última que poco se pondera en las relaciones de consumo, toda vez que tratándose los mismos de sujetos débiles con necesidad de tutela jurídica, librados a las reglas de la oferta, la demanda y la libre negociación, resultan perjudicados por la profesionalidad y experiencia de sus co-contratantes: los proveedores o comerciantes.<sup>23</sup>

El consumidor internacional se sitúa en una doble situación de desventaja, la tradicional de desprofesionalización y desinformación frente al empresario y la exposición a riesgos derivados del propio mercado de intercambios internacionales que producen su desconfianza, verbigracia: riesgo informativo, riesgo lingüístico, riesgo producido por la distancia y velocidad, formas de contratación electrónica. Por tanto, en las transacciones transfronterizas, al consumidor se le presentan determinados problemas que agravan su posición de inferioridad y desequilibrio en esas relaciones contractuales, pudiéndose citar los siguientes:<sup>24</sup>

- Desconocimiento de la ley que se aplicará al contrato que se ha celebrado.
- Desconocimiento de lo que dispone el cuerpo normativo cuando el mismo es extranjero e incluso pertenece a una familia jurídica distinta.
- Desconocimiento de los tribunales competentes para conocer de su problema.
- Dificultades para ejercer sus derechos ante un tribunal extranjero.
- Poca posibilidad de hacer frente al elevado costo que supone un litigio transfronterizo.
- Posee dificultades para obtener el reconocimiento y la ejecución for-

<sup>23</sup> Cfr. Mistretta, Carolina Valeria, *La protección del consumidor en el Derecho Internacional Privado*, Universidad de Belgrano, Argentina, 2012, p. 5.

<sup>24</sup> Cfr. Racet Morciego, María Soledad y Soler del Sol, Alfredo, *op. cit.*, p. 306.

zosa, en el extranjero o en el propio país de una sentencia dictada en el Estado del consumidor o en un tercer Estado respectivamente.

Las deficiencias anteriores que subyacen a pesar de la existencia de las sugerentes pautas de la ONU que adolecen de toda fuerza vinculante, se hacen más latentes al momento de precisar los derechos y obligaciones de los sujetos a los que la doctrina jurídica del consumo y algunas legislaciones han denominado consumidores pasivos, activos e incluso el consumidor turista.

Se vuelve caóticamente normativo determinar la regla que le será aplicable tan solo con la penosa legislación internacional vigente, o en su defecto el sistema de normas de conflicto agrava las anteriores desventajas y valorando estos datos jurídicos tan solo obtenemos una protección indirecta de tales sujetos quedando latente su desamparo, toda vez que la *lex loci actus* o ley del lugar del consumo reduce incluso la autonomía conflictual al ser contratos de adhesión en donde el consumidor acepta o no, con nulo margen de intervención, las cláusulas predispuestas.

En esa órbita jurídica, el consumidor internacional dinámico o activo, es aquél que se traslada a otros países, realizando actos de consumo y quedando sujeto a la normatividad del país donde lleva a cabo su actividad de consumo como destinatario final<sup>25</sup>; la situación jurídica se vuelve compleja en los contratos de turismo, por ejemplo, en los cuales las partes tienen su domicilio en el mismo Estado pero la prestación característica del contrato se ejecuta en otro. Surgen asimismo dificultades con los contratos celebrados entre los consumidores y las sucursales, representaciones o filiales de empresas extranjeras con establecimientos en los mismos Estados que el consumidor. Se discute también si la mera calidad de extranjero del bien a consumir calificaría la relación como internacional.<sup>26</sup>

En tanto el consumidor internacional pasivo es aquél que recibe información u oferta y por ende consume un producto extranjero dentro del territorio de su mismo país y queda sujeto al amparo de la legislación nacional de su Estado de origen, sin embargo, las tecnologías de la comunicación han acentuado la problemática; tal como sustenta Heredia Cervantes<sup>27</sup>, ello debido al carácter globalmente accesible de la red, pretendiendo darle a aquel que consume por medios electrónicos tal categoría de consumidor pasivo y

<sup>25</sup> Leible, Stefan, *Autonomía conflictual y protección del consumidor en el derecho internacional de los contratos*; en Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones N° 29, Buenos Aires, 1996, p. 298.

<sup>26</sup> Mistretta, Carolina Valeria, *op. cit.*, p. 5 y 6.

<sup>27</sup> Heredia Cervantes, Iván, *Consumidor Pasivo y comercio electrónico a través de páginas Web*, en: *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 5, España, 2001, pp. 77 y 78.

por lo tanto debe gozar del mismo nivel de protección que cuando adquiere bienes o servicios nacionales, no obstante, la anterior conclusión normativa genera el descontento de los comerciantes en tanto puede llegar a constituir un freno, una barrera al desarrollo del comercio electrónico, al suponer una carga económica excesiva para los profesionales, alegándose que, en el afán por proteger a los consumidores, se imponen unas condiciones excesivamente duras a los profesionales que les disuadiría de utilizar Internet como plataforma comercial.

Finalmente, esta abigarrada realidad sustantiva se complementa con complicaciones también en la parte adjetiva dado que no es fácil encontrar un punto de conexión procesal que determine el espacio jurisdiccional flexible para los consumidores que suelen celebrar contratos a menor escala, distintos de los cuantiosos acuerdos contractuales que llevan a cabo los comerciantes transnacionales que tienen a su disposición una serie de métodos alternos de solución de conflictos, incluso en línea (*ADR/ODR Alternative and Online Dispute Resolution*), que les permite someter sus diferencias en distintos foros internacionales evitando con ello procedimientos costosos y tediosos.

Ante el enredo jurídico anterior se requiere normas internacionales adaptadas a los obvios menesteres del instituto jurídico que se pretende legislar, brindando una protección especial y más favorable a los consumidores en cualquiera de sus vertientes.

### III. Los derechos del consumidor como derechos humanos

La aseveración del presente epígrafe requiere efectuar algunas precisiones para demostrar que los padecimientos de los sujetos consumidores ante una falta de normatividad internacional, trae aparejada una axiomática violación a derechos humanos, partiendo incluso del poco tutelado derecho de acceso al consumo mismo.

En esa línea discursiva debemos destacar que los derechos humanos consisten en "...derechos primarios de las personas y que conciernen indistintamente a todos los seres humanos...", sin embargo al positivizarse tales derechos en normas jurídicas se convierten en derechos fundamentales como refiere al respecto Robert Alexy "...derechos que han sido llevados al derecho positivo con el propósito o la intención de darles una dimensión positiva a los derechos humanos" y con ello el respeto y protección a través de la misma ley.<sup>28</sup>

<sup>28</sup> Citado por González Rivera, Tatiana Vanessa y Martínez Regino, Roberto, La implementación de acuer-

El derecho del consumidor es sin duda, un vehículo social de protección general, vinculado a derechos elementales de la persona humana, encuadrados dentro del marco de lo que llamamos “derechos humanos”<sup>29</sup>, y desde el punto de vista jurídico constitucional, están circunscritos a los derechos humanos fundamentales que se conocen como de tercera generación, es decir, aquellos destinados a la protección del bien común y que sólo son realizables por el esfuerzo de la colectividad.<sup>30</sup>

Prieto Sanchís<sup>31</sup> afirma que “los derechos humanos como categoría ética, cultural e histórica, es decir, prenormativa, no constituye una concepción cerrada y acabada de la que pueden beber los ordenamientos positivos, sino un concepto abierto a distintas concepciones y desarrollos y, en consecuencia, no existe una formulación canónica, ni una forma exclusiva de respetar las exigencias que derivan de tales derechos.”

Y es que en principio, si ubicamos la necesidad de adquisición de bienes y servicios desde la óptica cotidiana y no tanto jurídica, deducimos que por medio de la acción de consumo procuramos la satisfacción de necesidades, sobre todo básicas vinculadas a la propia existencia, con el propósito de alcanzar un cierto nivel o calidad de vida; de manera que son diversas las prerrogativas que pueden garantizarse y que trastocan la esfera de derechos fundamentales dado el amparo constitucional del que gozan los mismos en las diferentes legislaciones internas, debiéndose maximizar y optimizar la égida de los derechos del consumidor.

Consiguientemente, en el catálogo de derechos humanos que estructuran la relación de consumo y el propio derecho de acceder a éste se contempla la vida misma como máximo bien tutelado por el Derecho; protección de la salud y seguridad, la educación, que conlleva a su vez el derecho a la libre elección, a la información, a la garantía y a la privacidad; protegiendo intereses económicos tales como el derecho a la reparación de daños accediendo a la justicia de manera factible y eficaz; por ende, se devela la obligación de los proveedores consistente en respetar tales derechos, aunada a la labor aún lenta e inacaba de Estados y organismos internacionales en la salvaguarda y

---

dos comerciales en la OMC con perspectiva de derechos humanos: un anhelo jurídico internacional, en *Revue européenne du droit social*, Vol. XXIV, ISSUE 3, Rumania, 2014, p.261.

<sup>29</sup> Tambussi, Carlos Eduardo, Los Derechos del Consumidor como derechos humanos, en: *Revista de la facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas*, Vol. 12, número 13, 2014, p. 1.

<sup>30</sup> Germán, Bidart Campos, *Teoría General de los Derechos Humanos*, Ed. Astrea, Bs. As., 2006, pp. 189 y ss.

<sup>31</sup> Citado por Tambussi, Carlos Eduardo, Los Derechos del Consumidor como derechos humanos, en: *Derechos Humanos*, Gordillo Agustín, et. al., Buenos Aires, 2015, p. 13.



fortalecimiento de la posición del individuo como titular de derechos subjetivos en toda su extensión.

Quizás, el hecho de etiquetar estos derechos del consumidor como derechos humanos permita revertir un poco el inicuo ambiente normativo en que se hallan los mismos, pudiendo fraguar una exigencia en su protección dada tal naturaleza atribuida, utilizando como bastión la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, mediante la coordinación de las normas jurídicas internacionales; resguardo jurídico que se hace más efectivo en países que han difundido y adaptado la doctrina del bloque de constitucionalidad o en un plano netamente internacional acudiendo a los organismos respectivos para exigir su tutela; empero sigue resultando una solución indirecta que puede conllevar esfuerzos prolongados y a veces hasta baldíos, toda vez que para acceder a la justicia en un ámbito internacional es necesario agotar los recursos jurídicos nacionales previos, haciendo negatoria y tardía la tutela judicial del consumidor.

#### IV. Delineando una normatividad internacional

En un mundo globalizado que ha alterado la genética misma del Derecho no se concibe ya la posibilidad de escudriñar las posibles soluciones jurídicas en los moldes impropios de los ordenamientos estatales o allegarse del método conflictual propio del Derecho Internacional Privado que ya resulta limitado ante una relación de consumo internacional. Actualmente, se hace indispensable brindar una morada normativa autónoma e internacionalizada nutrida tanto de normas imperativas como narrativas (*hard y soft law*), a las relaciones de consumo en las que confluya un elemento extranjero para equiparar así su normatividad a las de otras esferas jurídicas que también integran la cadena del orden económico mundial.

La intervención del Estado y de los Organismos Internacionales cuya labor de regulación se enmarque en el contexto económico deben urgentemente promover una regulación de los consumidores internacionales, quienes se hallan en una situación de vulnerabilidad mayor dado el enrevesado panorama global, procurando un entorno normativo adecuado tanto material como procesal.

Es indispensable la aproximación de las legislaciones en la medida necesaria para el funcionamiento de una plataforma de mercado global, promoviendo una armonización, unificación y simetría jurídica entre los distintos

ordenamientos que integran el Derecho Internacional Privado, en donde la defensa de los intereses de los consumidores o usuarios finales de bienes y servicios constituya una de las mayores preocupaciones de la sociedad global, resonando el eco del discurso de John F. Kennedy respecto a que “todos somos consumidores” y que encausó los primeros movimientos en pro de tales derechos.

De hecho, la preocupación que plasmamos en la presente disertación ha avivado la intuición intelectual de otros estudiosos de la materia, al grado de haberse esquematizado algunas voluntades normativas regionales que involucran a países en desarrollo como los nuestros, tal es el caso de las propuestas realizadas en el seno de la Organización de Estados Americanos (OEA), en Séptima Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-VII), que se encuentra en proceso de negociación y se incluyó la materia de consumidores; la delegación de Brasil presentó una propuesta de *Convención Interamericana sobre la Ley Aplicable a Algunos Contratos y Relaciones de Consumo*; la delegación de los Estados Unidos un esquema para una *Ley Modelo sobre Mecanismos de Restitución Monetaria para Consumidores*; y, la delegación de Canadá un informe sobre la *Jurisdicción y la Protección al Consumidor en el Comercio Electrónico*.

Dada la naturaleza obligatoria del proyecto presentado por la Delegación de Brasil es forzoso destacar que la misma contempla una amplia definición de consumidor, una protección contractual general para el caso de relaciones de consumo llevadas a cabo por medios electrónicos ponderando una aplicación de la ley favorable al consumidor y respetando la aplicación de las normas imperativas del país en cuestión, se detallan asimismo los temas excluidos por la misma convención dado que estos poseen una regulación exhaustiva en otros instrumentos internacionales (transporte, seguros, relaciones estrictamente entre comerciantes, etc.) y finalmente se brinda un tratamiento regulativo específico a los contratos de viaje y turismo y de propiedad múltiple o tiempo compartido; logrando así que el consumidor deje de ser el protagonista olvidado y rezagado.<sup>32</sup>

Sin demeritar la anterior propuesta que nos parece acertada para colmar las lagunas en esta materia, estimamos que las disposiciones de la misma continúan haciendo una inadecuada remisión a los ordenamientos estatales, no brindando una autonomía legal a tal área del Derecho como sí la posee

---

<sup>32</sup> Véase el contenido completo del proyecto de la Convención en: Lima Marques, Claudia, *op. cit.*, pp. 43.45.

el ordenamiento mercantil internacional, último que siempre ha llevado la delantera al Derecho de consumo frenando incluso su progreso normativo, por consiguiente, consideramos es indiscutiblemente importante plasmar y dar una forma arquitectónica magnífica y autónoma a los gérmenes de estos esfuerzos para evitar que queden en un estado embrionario.

A pesar de estos esfuerzos seguimos careciendo de un sistema jurídico viviente en materia de consumidores, ello supone necesaria y simultáneamente la creación de un organismo internacional especializado con plena capacidad de acción sobre la materia de consumo, y en cuyo seno se auspicien los instrumentos jurídicos de reconocimiento y salvaguarda de los consumidores internacionales con una constante actualización de los mismos dada la presteza del orden económico; esa sería al menos la gesta jurídica ideal de este Derecho.

No obstante, la anterior ambición jurídica implicaría una agónica espera, pues como dice el adagio latino: “*ex nihilo nihil*” (de nada no sale nada), de modo que ante la inexistencia material de un ente internacional que hasta la fecha se encargue de regular el Derecho de los consumidores ante los retos y oportunidades que conjetura la globalización, y frente a la perentoria obligación colectiva de crear un instrumentos internacional de naturaleza vinculante, bregamos por la posibilidad de que el mismo sea concebido al amparo de una entidad internacional ya existente, decantándonos por la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo (UNCTAD) como principal órgano de la Asamblea General de las Naciones Unidas, dando el margen para que dicha Conferencia emita ya no solo simples informes como su trayectoria lo demuestra, sino una *Convención Internacional Aplicable a las Relaciones de Consumos Globales*; permitiendo que actúe en el mismo sentido que la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil internacional (CNUDMI), última que aun siendo órgano de la ONU ha venido emitiendo desde 1966 una serie de Convenciones en materia de transacciones comerciales internacionales.

Así, con motivo de la conferencia de Ginebra, Suiza del 16 de Junio de 1964 se crea la UNCTAD<sup>33</sup> para promover la integración de los países en vías de desarrollo en la economía mundial. Si bien, su denominación pareciera hacer

---

<sup>33</sup> Consideramos que la UNCTAD sería el organismo idóneo para dar causa a la propuesta que se contiene en razón de que el principal objetivo que la misma tiene, encomendado por la ONU, es justamente el de buscar el equilibrio en las relaciones de comercio entre los países económicamente desarrollados en relación con aquellos en vías de desarrollo.

referencia a un simple evento bajo la terminología de “conferencia”, se trata de un verdadero órgano que ha alcanzado tal evolución hasta convertirse en una autoridad siendo representada por todos los países miembros de la ONU (193 a la fecha y que integran la misma Asamblea General) divididos en grupos que reflejan los distintos niveles económicos y zonas geográficas.

Asimismo un punto más a favor de nuestra propuesta radica en el hecho de que la tarea intelectual de dicho órgano ha estado presente en las Directrices de la ONU para la protección del Consumidor; de modo que cavilar un proyecto de Convención en el foro de la UNCTAD con recomendaciones que pueda efectuar el mismo *Consumers International*, no resulta desacertado; cuyo contenido, con la intervención de versados, sagaces e infatigables expertos en la materia, se encamine a regular, en la medida de lo posible, todo el caleidoscopio de posibilidades derivado de las relaciones de consumo internacionales, devolviendo el rol protagónico, en esta función y trama económica global, a individuos que nunca pasaron a ser actores secundarios a pesar del velado reconocimiento que se les quiso imponer.

## Conclusiones

Las ideas que emergen de esta esforzada pluma devienen de una mente inclinada al estudio del Derecho Mercantil Internacional, defendiendo como cualquier estudioso que se apasione por su materia de especialización, las trincheras del comercio en su contexto hoy mundial, sin embargo, razonadamente pugnamos por un intercambio de bienes y servicios más equitativo que atendiendo a la “justicia como equidad de Jhon Rawls” signifique otorgar un mayor beneficio a los miembros menos aventajados de una sociedad, en este caso global, en la que se acrecientan las desigualdades sociales y económicas; por ende, defendemos la forzosa necesidad de un ordenamiento internacional independiente en materia de consumo.

Hemos salido de la ingenuidad para servirnos de nuestro propio entendimiento, el cual nos previene de una ausencia normativa dirigida a los individuos receptores de la actividad comercial, carencia que provoca un seísmo que tambalea todo el orden económico mundial actual y que de subsistir, tarde o temprano, mermará la propia actividad comercial que se comprende en esencia y lógicamente vinculada al consumo.

Falacia indudable es pretender aseverar que la globalización ha creado una plataforma de mercado que nos ubica a todos en el mismo nivel; humani-

zar la temida globalización hacedora de numerosas injusticias e inequidades implica, para los estudiosos, creadores y aplicadores de la Ciencia Jurídica, colmar los vacíos normativos que hacen cojear al derecho como sistema jurídico ideal.

Nuestras indagaciones concluyen, incluso, que la protección de los derechos del consumidor lleva ínsita una salvaguarda de numerosos derechos humanos, los cuales se hallan en indefensión ante el ya bosquejado déficit normativo que a todas luces resquebraja el molde de certeza y seguridad jurídica enaltecidos como valores abstractos y metas fundamentales de todo ordenamiento.

Por tanto, como colofón de todo lo anterior la comunidad económica con proclividad mundial debe alumbrar un instrumento jurídico internacional revestido bajo la estructura de una convención internacional cuyo contenido siga los ejemplos fructíferos de la Unión Europea; y vislumbre el abandono sobre todo de los consumidores de los países en vías de desarrollo, colocando tal labor en manos de la UNCTAD que se perfila como el más idóneo foro para cristalizar tal hazaña jurídica.

## REFERENCIAS

**Bibliográficas**

CAJANJILLE PELUFFO, JUAN PABLO, *Concepto de relación de consumo*, versión corregida por el autor de su exposición en las “2as. Jornadas Uruguayas de Derecho de Consumo”, organizadas por la Directora de la Dirección, Área Defensa del Consumidor de la Dirección General de Comercio, Montevideo, 2001.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, SARA, *Contratos Internacionales, Contratos celebrados por Ordenador, Autonomía de la voluntad, Lex Mercatoria*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995.

FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS, *Un nuevo mundo jurídico: la Lex Mercatoria en América Latina*, en *Estudios sobre la Lex Mercatoria, una realidad Internacional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

GERMÁN, BIDART CAMPOS, *Teoría General de los Derechos Humanos*, Ed. Astrea, Bs. As., 2006.

GONZÁLEZ RIVERA, TATIANA VANESSA Y MARTINEZ REGINO, ROBERTO, *La implementación de acuerdos comerciales en la OMC con perspectiva de derechos humanos: un anhelo jurídico internacional*, en *Revue européenne du droit social*, Vol. XXIV, ISSUE 3, Rumania, 2014.

HERDEGEN, MATTHIAS, *Derecho Económico Internacional*, 9ª ed., trad. Al castellano por Fach, Gómez, Katia; Piñeiro, Laura Carballo, et. al., Konrad Adenauer Fundación, Universidad del Rosario Editorial, Facultad de Jurisprudencia, Bogotá, 2012.

HEREDIA CERVANTES, IVÁN, *Consumidor Pasivo y comercio electrónico a través de páginas Web*, en: *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 5, España, 2001.

LEIBLE, STEFAN, *Autonomía conflictual y protección del consumidor en el derecho internacional de los contratos*; en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones* N° 29, Buenos Aires, 1996.

LIMA MARQUES, CLAUDIA, *La insuficiente protección del consumidor en las normas del Derecho Internacional Privado. De la necesidad de una Convención Interamericana (CIDIP) sobre la ley aplicable a algunos contratos y relaciones de consumo*, artículo de los extractos del curso “La protección del consumidor: aspectos del

derecho privado regional y general”, Curso de Derecho Internacional, CJI/OEA, Washington/Río de Janeiro, 2001.

LÓPEZ MONTOYA, ELSY, La defensa del Derecho del consumidor desde una perspectiva internacional, en: *Revista Electrónica Amicus Curiae*, núm. 4, Sistema de Universidad Abierta, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

MISTRETTA, CAROLINA VALERIA, *La protección del consumidor en el Derecho Internacional Privado*, Universidad de Belgrano, Argentina, 2012.

MORÁIS CARVALHO, JORGE, La protección de los consumidores en la Unión Europea, ¿Mito o realidad?, en: *Criterio Jurídico*, vol. 6, Santiago de Cali, 2006.

OVALLE FAVELA, JOSÉ, *Derechos del Consumidor*, Universidad Autónoma de México, 2000.

PAÑOS PÉREZ, ALBA, *Derechos y garantías del consumidor en el ámbito internacional*, Universidad de Almería Ed., España, 2014.

RACET MORCIEGO, MARÍA SOLEDAD Y SOLER DEL SOL, ALFREDO, *Algunas consideraciones sobre el contrato internacional de consumo y la protección al consumidor*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2012.

RODRÍGUEZ DÍAZ, SUSANA, Consumismo y sociedad: una visión crítica del *homo consumens*, En: *Nómadas. Revista crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, núm. 34, Universidad de Educación a Distancia y Universidad Complutense de Madrid, España, 2012.

TAMBUSSI, CARLOS EDUARDO, Los Derechos del Consumidor como derechos humanos, en: *Revista de la facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruana*, Vol. 12, número 13, 2014.

\_\_\_\_\_, Los Derechos del Consumidor como derechos humanos, en: *Derechos Humanos*, Gordillo Agustín, et. al., Buenos Aires, 2015.

### **Electrónicas**

Texto de las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor (DNUPC) en: <http://www.consumersinternational.org/media/1362204/annex%20a%20spa.pdf>, consultado el 13 de junio de 2016.

Página oficial de CI en: <http://es.consumersinternational.org/who-we-are/about-us/>, consultado el 10 de junio de 2016.

Resumen de los comentarios de *Consumers Internacional* (CI) sobre el borrador final de la resolución sobre las directrices ONU, disponible en: <http://es.consumersinternational.org/media/1593717/resumen-de-comentarios-de-ci-a-texto-final-directrices.pdf>, consultado el 13 de junio de 2015.



# El préstamo de dinero y las ventas a plazos

Moisés J. Moreno Delgado<sup>1</sup>

**Resumen:** El presente ensayo, aborda básicamente una pequeña constelación del universo del negocio de crédito como es el préstamo dinerario como una subespecie del mutuo, tal vez por ser la más palpable en el tráfico o desplazamiento patrimonial, enfocada al consumo por decir así doméstico, el crédito ya no como un medio para satisfacer una necesidad sino que dentro de nuestra sociedad actual el crédito se ha tornado una necesidad en sí mismo.

**Palabras clave:** Préstamo, dinero, interés, negocio de crédito.

*Abstract: This paper basically addresses a small constellation in the universe of business credit as money-lending as a subspecies of mutual, perhaps for being the most palpable in traffic or transfer of assets, focused on the consumer as it were domestic, credit no longer as a means to satisfy a need but within our society credit has become a necessity in itself.*

*Key words: Loan, money, interest, credit business.*

## 1. El préstamo de dinero

El concepto de crédito como expresión de un negocio jurídico es polisémico, sujetas sus expresiones contractuales en muchos casos a una tipicidad social

---

<sup>1</sup> Máster en Derecho Empresarial Corporativo por la Universidad Americana (UAM), Nicaragua, Abogado y Notario, correo electrónico [ichmoreno@gmail.com](mailto:ichmoreno@gmail.com)

o negocial, sin embargo, otras expresiones de mayor uso no se encuentran exentas de un análisis *a priori* sobre las mismas. El mutuo que es el préstamo de uso por excelencia, presenta como sub especie el préstamo de dinero, quizás el de mayor tráfico en el mercado de crédito, naciendo junto a la aparición del dinero.

En nuestro mercado crediticio, encontraremos este tipo de mutuo, en las instituciones bancarias, sociedades financieras, instituciones de microfinanzas, cooperativas de ahorro y crédito, casas de empeño, prestamistas particulares, día a día estas personas jurídicas y naturales, supervisadas y medianamente supervisadas por un órgano estatal, ponen en circulación millones de córdobas, en un traslado patrimonial que dinamiza la economía nacional. De tal suerte que nos atrevemos a decir que el mutuo dinerario por excelencia es dentro del mercado de crédito, el que expresa en demasía ese carácter de intercambio patrimonial o dicho de una forma más cruda, de riquezas. Por el poder que el dinero en si representa como instrumento de cambio impregnado aceptado por todos.

### 1.1. ¿Pero qué es el dinero?

Ortíz Soto realiza no solo un concepto del dinero, sino que además menciona sus características y usos: "Podemos fácilmente definir al dinero como cualquier objeto al que por consenso general se le asigna el papel de medio de pago, en cuyos términos se expresa el valor de cambio de todas las mercancías. Ésta es una definición un tanto restringida debido a que una vez que un sistema monetario se establece, el dinero tiende a ampliar sus funciones, de simple medio de intercambio y de unidad de cuenta, a un medio para diferir pagos a futuro, así como medio para atesorar valor. De lo anterior procede mencionar que en forma automática, un sistema monetario eficiente, tiende a generar un sistema de crédito. En resumen, los usos del dinero son los siguientes; a) unidad de cuenta, b) medio de intercambio, c) medio para diferir pagos, d) medio para atesorar valor de cambio<sup>2</sup>".

La definición de Ortíz Soto, aporta a nuestro juicio elementos importantes presentes en el objeto de nuestro estudio, la generación de un sistema de crédito como reflejo de un sistema monetario estable y el medio para diferir pagos que en el ámbito jurídico hablamos de obligaciones a plazo.

---

<sup>2</sup> Ortíz Soto, *El dinero: la teoría, la política y las instituciones*, 2001, p.25

Rache, nos brinda una definición más coloquial; “Dinero es aquello universalmente aceptado en una economía por los vendedores de bienes y servicios. Como mínimo el dinero debe ser finalmente portable y transferible para realizar compras en diferentes sitios, aquel que no cuente con la cualidad de duración física, perderá su valor como moneda. Para ser utilizado debe ser estandarizado y sus unidades deben ser de igual calidad y sin que existan diferencias físicas ente sí”.<sup>3</sup>

Consideramos que la definición antes citada se centra más en las características corpóreas del dinero, sin que con ello se le reste validez a lo expresado por Rache. Este elemento del diferimiento será lo que llamará la atención dentro de las ciencias jurídicas, así como el valor del mismo en el tiempo.

Díez Picazo, resaltando la importancia del dinero como objeto de las relaciones obligatorias, expresa; “Aunque en términos generales, las obligaciones pueden consistir en entregar una cosa o en hacer o no hacer algo, en una economía medianamente avanzada y fundada en la división del trabajo, el dinero opera como instrumento de intermediación en los cambios, y por consiguiente como uno de los más importantes objetos de las posibles prestaciones que se insertan en una relación obligatoria. El dinero es, V.gr., el objeto del precio de la compra venta o del arrendamiento, el objeto de la retribución de un servicio o, en general, de la remuneración de una prestación de hacer, el objeto de un contrato de préstamo, de la obligación de aportación a una sociedad o fondo social”<sup>4</sup>

Sin embargo, el préstamo de dinero, presenta en si mismo un problema; el valor. Después de todo el valor del dinero como medio de intercambio, se encuentra atado a circunstancias del ordenamiento jurídico económico, no tendremos duda en afirmar que el billete de cien córdobas por ejemplo, contiene una expresión de valor que puede ser utilizado como medio de cambio, por la aceptación del colectivo que tiene una mediana razón de su poder cambiario, en atención de los bienes que con dicho billete se pueden adquirir, aun cuando el papel moneda en su composición material no tenga tal valor. A lo que habrá que agregar el papel de la política monetaria del estado como elemento de confianza en la ciudadanía.

Lo que deseamos expresar es que este valor no es inmutable, el ciudadano percibirá la merma del mismo como medio de intercambio, cuando con el

<sup>3</sup> Rache, D. C. B. L. *Moneda y banca: ideas fundamentales y talleres de aplicación*. 2010, p. 11

<sup>4</sup> Díez Picazo, *Fundamentos del Derecho Patrimonial*.2008. p.289

mismo valor nominal adquiera menos bienes y servicios, disminuyendo en igual medida la confianza del colectivo aun cuando medie un norma que le brinde el carácter de curso legal.

Diez Picazo señala “Parece desprenderse que el dinero, tanto si se le considera como pura entidad ideal que cumple una función de medida de valor, como si se le considera cosas o signos que son utilizados como medio de cambio y de pago, no representa un bien en sí mismo, sino en cuanto es objeto de un reconocimiento social en el ordenamiento jurídico, existe de un lado *un consensus social*, y por otro lado, una regulación normativa. El dinero adquiere su sentido porque existe una normativa que lo establece como medio general de cambio y como unidad de valor, pero también porque una determinada comunidad o grupo humano le otorga su confianza y admite en general su vigencia”<sup>5</sup>

La afirmación del maestro, nos indica que además del derecho como sustento de un ordenamiento económico que da forma a la política monetaria, se hace necesaria la confianza del ciudadano, la cual se diluye en los procesos inflacionarios, lo que será motivo de estudio dentro de las ciencias jurídicas en el tema del mutuo dinerario.

Lo antes expresado es debido a la constante variación de precios en muchas economías latinoamericanas en las que el valor de los bienes sube en detrimento del valor adquisitivo, esto hace necesario saber cuál será el valor real de esa unidad monetaria como medio de intercambio al momento del cumplimiento de la obligación.

Grafiquemos si Jesús contrata con Jairo un mutuo por cinco mil córdobas, a un diferimiento de un año. Al momento de otorgar el mutuo esa cantidad como medio de intercambio podía comprar cincuenta cajas de jabón. El problema que se plantea es que si llegado los doce meses podremos siempre comprar esas cincuenta cajas, o su valor nominal se ha visto mermado en su poder de adquisición. Se hace entonces cuestionable, si ante tal merma, Jairo puede requerir a Jesús la cantidad de dinero necesaria para comprar las cincuenta cajas de jabón que no sería otro hecho que el de reponer el valor real que el dinero tenía al momento de su otorgamiento.

De allí que en la actualidad existen dos posiciones bien marcadas en lo que respecta a la devolución de la prestación dineraria.

---

<sup>5</sup> Díez Picazo. *Fundamentos del Derecho Patrimonial*. 2008. P. 290-291

Por un lado, tenemos la teoría *nominalista* en la que el acreedor se libera pagándole al deudor la suma de dinero que figura en el título ajena a que en el momento de cumplimiento de lo contraprestación tenga menor o mayor valor, maximiza la seguridad jurídica contra los perjuicios que le puedan deparar a los contratantes, especialmente al prestamista o mutuante.

Sobre este tópico del valor del dinero como factor genérico, Garrigues expresa “Otras veces los interesados quieren destacar el factor genérico del dinero, posponiendo la consideración de su valor nominal. En tal caso se pactará la devolución del préstamo en una especie determinada de moneda, excluyendo, por consiguiente, todas las demás como posible medio de pago, en tanto en cuanto exista la especie pactada”<sup>6</sup>.

En contraposición, tenemos la teoría *valorista* de acuerdo a esta el deudor debe pagar para liberarse, una suma de dinero que represente el valor real que tenía al momento del otorgamiento del mutuo.

Fernández Cartagena, refiriéndose a dicha teoría, escribe “La cada vez más creciente depreciación monetaria, ha provocado el nacimiento del valorismo convencional, que surge cuando el sistema jurídico permite a los contratantes la inclusión de distintos tipos de cláusulas estabilizadoras. De esta manera, el valor de las prestaciones es siempre actualizado, mediando cumplimiento oportuno o en ausencia de éste”<sup>7</sup>

Por su parte, Díez Picazo le reconoce a esta corriente como más justa por mantener el principio de conmutatividad del tráfico jurídico y de equivalencia de las prestaciones, no obstante, anota que el inconveniente de tal teoría es la incertidumbre sobre el alcance de la obligación, constituyendo una fuente inagotable de litigios<sup>8</sup>.

El ordenamiento jurídico nicaragüense en su evolución, a nuestro parecer, ha buscado la forma de armonizar ambas posiciones, entre el carácter nominalista consagrado en el Código Civil nicaragüense, en sus artículos 2022 y 2023, y el Código de Comercio en su artículo 487 que se inclinan a favor del prestatario como el sujeto débil de la relación quién pagará la cantidad igual recibida conforme la ley monetaria de la República. Continuando con los preceptos nominalistas el párrafo segundo del citado artículo 487 expresa “Si se pacta la especie de moneda en que se ha de hacer el pago, la alteración que experimente en valor, será en daño o beneficio del prestador”. Conside-

<sup>6</sup> Garrigues, *Temas de Derecho vivo*. 1978. p 143

<sup>7</sup> Fernández Cartagena. *Actualización de deudas pecuniarias implicancias civiles*. 2014 p 70

<sup>8</sup> Díez Picazo. *Fundamentos del Derecho Patrimonial*. 2008 p. 296

ramos que no podemos dejar de ubicarnos en el contexto coyuntural histórico en que ambas disposiciones fueron dictadas; a la promulgación del Código Civil, la unidad monetaria era el peso nicaragüense existente hoy en la memoria colectiva como sinónimo de la actual moneda el córdoba de curso legal ya durante la promulgación del Código de Comercio. Entonces la realidad monetaria, y porque no decirlo, la realidad obligacional se encontraba marcada por una fuerte cordobización, producto de una estabilidad en la paridad cambiaria que satisfacía a los contratantes, pues la moneda era acreedora de la confianza de los ciudadanos.

Herrera & Guzmán, citando a Morán Bovio, justifican el nominalismo así: "Y es que necesariamente, la seguridad del tráfico exige que la referencia en las deudas de dinero sea la cantidad en vez del valor que éste represente, sólo de esta forma se establece con precisión perdurable el alcance exacto del crédito y de la deuda que corresponden a cada uno de los contratantes. En idéntica línea, en razón del principio de soberanía monetaria del Estado se confirma la función de garantía que el poder estatal ejerce sobre la moneda" <sup>9</sup>.

Díez Picazo refiere que hablamos de curso legal cuando una determinada moneda goza de la sanción y de la proclamación estatal, es decir, cuando se encuentra legalmente establecida como posible medio general de pago<sup>10</sup>

Pero volviendo a nuestro sistema, en que fundamos nuestra afirmación de que en él se busca la forma de armonizar ambas posiciones, sin temor de ser heréticos, nuestro concepto de soberanía monetaria es muy tenue, la sociedad nicaragüense actual se encuentra dolarizada, el dólar de los Estados Unidos de América ha terminado siendo la unidad monetaria de referencia, a la cual de conformidad a determinada paridad cambiaria, se ajusta o adecua el córdoba, quien al final es la unidad con la cual se le cancela salarios a clases medias bajas o los sectores más vulnerables que ven restringido su acceso a la moneda extranjera. Restaurantes, tiendas, proveedores de servicio, fijan su precio en la moneda de los Estados Unidos de América, realizando una suerte de cambio de divisas al momento de cancelar los servicios, tal cual se compraran dólares estadounidenses con los córdobas, el valor real del bien o servicio que goza de confianza y aceptación en el uso de la ciudadanía, es la moneda extranjera ya citada.

<sup>9</sup> Herrera y Guzmán. *Contratos civiles y mercantiles*. 2014. p.443

<sup>10</sup> Díez Picazo, *Fundamentos del Derecho patrimonial*. p 291

De manera muy particular, no contamos en nuestro país con una ley monetaria, pero lo concerniente al tema que nos ocupa, lo encontramos en Ley 732, “Ley Orgánica del Banco Central de Nicaragua”. El artículo 36 de la citada ley declara nulas aquellas cláusulas que impongan el cumplimiento de una obligación en moneda diferente al córdoba, mas consideramos que esto se refiere exclusivamente a la imposición por parte del mutuante. Jesús presta a Jairo un mil dólares de los Estados Unidos de América, y le impone la obligación que el pago sea en dicha moneda. Pero seguidamente la ley 732, Ley Orgánica del Banco Central de Nicaragua, establece en su artículo 37 reglas de excepción, a determinados negocios exentos de la restricción de pactar en moneda nacional, diluyendo los principios nominalistas, verbigracia: operaciones de comercio exterior, instituciones supervisadas por la superintendencia de bancos, las obligaciones a pagar en Nicaragua por servicios prestados por personas o por entidades nicaragüenses a personas o entidades extranjeras, las operaciones que se realicen con recursos provenientes de fondos dados en fideicomiso o en administración, constituidos en moneda extranjera; el pago de boletos de transporte internacional de pasajeros; el reembolso que cualquier deudor nicaragüense o extranjero residente en Nicaragua deba efectuar a un acreedor nacional o extranjero por cualquier suma que éste haya tenido que pagar en moneda extranjera fuera del país. Tal excepción señala el numeral siete, no comprende los pagos que el acreedor haya tenido que efectuar en el país, en moneda nacional normando a continuación el artículo 38 la denominada.- *Cláusula de mantenimiento al valor*- estableciendo una referencia cambiaria a fin de que una moneda extranjera pueda ser convertida a moneda nacional la cual no es más que una *cláusula estabilizadora*- dentro de nuestro sistema nominalista. Ahora bien la misma encuentra su legalidad en la propia ley orgánica del Banco Central de Nicaragua, que por razones particulares de nuestro ordenamiento jurídico hace de ley monetaria a la vez. Por lo que no dudamos en señalar que este tipo de solución en Nicaragua tiene un doble carácter- legislativo y contractual, el primero de ellos como la potestad otorgada por la ley orgánica citada de establecer paridades cambiarias y reglas de excepción para fijar obligaciones en moneda extranjera y la segunda de ella, vertiente de la misma ley, la elección dentro de la autonomía de la voluntad de los contratantes de establecer cláusulas estabilizadoras.

Díez Picazo (2008) nos expone, refiriéndose a la pérdida de valor del dinero y los remedios, “El nominalismo, conduce, cuando las oscilaciones del valor intrínseco o del poder adquisitivo de las monedas o del dinero son muy

grandes, a consecuencia evidentemente injustas, que sólo por razones de seguridad jurídica puedan imponerse y que adquieren una extraordinaria gravedad cuando tales oscilaciones en el valor del dinero conducen en la práctica a una desaparición de ese valor. Ello hace que haya habido que buscar remedios para evitar tales consecuencias y que se hayan intentado articular medidas de corrección de la aplicación rigurosa del sistema nominalista. Estos remedios pueden ser de varios tipos. En términos generales, cabe distinguir unos remedios legislativos y unos remedios convencionales o negóciales<sup>11</sup>.

Todas las anotaciones expuestas, nos refieren dos aspectos a destacar, el crédito dinerario formalizado a través del mutuo, producto de su ya indiscutible incidencia en la sociedad actual, ha forzado o al menos sometido a discusión determinadas características que antaño eran consideradas como inmutables dentro de la teoría contractual; la razón, con temor de ser repetitivos, consideramos que se encuentra en la volatilidad y dinamismo del negocio del crédito. El segundo aspecto es la aceptación en un mismo sentido que dentro de la relación crediticia en la que media el dinero, en determinadas condiciones se puede dar una pérdida de su valor de intercambio y ante ello, las Ciencias Jurídicas, el Derecho, busca soluciones de equidad, aceptando los procesos inflacionarios y los riesgos cambiarios como una realidad, de tal modo que a fin de no crear diques en el flujo de la oferta y demanda de recursos dinerarios, contempla la creación de cláusulas de estabilización que brinden a los contratantes la seguridad jurídica que antaño se anidaba en el principio nominalista.

## 2. Los intereses en el préstamo de dinero

Desde los tiempos en que nacen las primeras expresiones del préstamo o el negocio de crédito, ha sido constante preocupación por los diversos órdenes jurídicos la carga que sobre el prestatario o deudor se cernía con cada vez que realizaba dicha actividad; el interés o rédito que la transacción crediticia incluía, de allí la estigmatización del acreedor o prestamista visto como una suerte de subespecie humana que se alimentaba, nutría con la necesidad de recursos del deudor. En ello hace presencia el derecho como sustento del orden económico, como medio para lograr la equidad entre el acreedor y el deudor. En palabras sencillas, para otorgar seguridad a los contratantes.

---

<sup>11</sup> Díez Picaso. *Fundamentos del Derecho Patrimonial*. 2014. P. 301



El interés, a nuestro criterio, constituye el núcleo financiero, la esencia del contrato de préstamo, es tal elemento el que lo vuelca y desborda hacia el mercado, tanto entre los particulares como entre las entidades bancarias y financieras. Sin la inclusión de intereses en el mutuo, sería impensable hablar en el caso de estas instituciones, de intermediación financiera, consecuentemente el sistema financiero no existiría tal y como lo conocemos en la actualidad. Los bancos acumularían grandes cantidades de pasivos, lo que carece de toda lógica financiera, sus bóvedas estarían llenas de efectivo por el cual tendrían que pagar sin poder obtener beneficios económicos. ¿Qué particular ejercería esta actividad, si no le generaría un lucro? A que limitaríamos el mutuo, a un simple favor que un amigo le brinda a otro amigo. Los plazos serían en exceso cortos, para evitar el riesgo de la pérdida del valor, atreviéndonos a decir que perdería su esencia, si no patrimonial, al menos financiera.

Díez Picazo nos brinda un concepto de intereses abarcando tanto el componente económico como el jurídico. “En términos económicos, se denomina “Interés” al precio o remuneración que una persona ha de pagar por la utilización o disfrute de bienes de capital de pertenencia ajena. Como quiera que los bienes de capital constituyan factores de producción, su utilización o disfrute proporciona beneficio por el cual debe pagarse un precio. En términos jurídicos, sin embargo son intereses las cantidades de dinero que deben ser pagadas por la utilización y el disfrute de un capital consistente también en dinero<sup>12</sup>”.

Apropiándonos de la definición antes citada, colegimos que los intereses son hijos del capital o principal, sin el cual no podrían existir, forma parte de la obligación dineraria o contraprestación del deudor y su pago no queda al arbitrio del deudor una vez pactado. No puede desembarazarse de dicha carga, de forma unilateral cancelando el principal. Otra cualidad de los intereses es que se van devengando en el diferimiento del crédito, en tanto opere el disfrute o utilización del capital entregado. Con lo anterior queremos expresar que no existe lógica financiera ni sustento legal en el cobro de intereses no devengados, mucho menos una noción de justicia, la cancelación del principal extingue el accesorio.

Sin embargo, no podemos dejar de cuestionarnos, si el pago anticipado no incluye un perjuicio para el acreedor, que esperaba una ganancia determinada en concepto de intereses, ocasionándole una merma. Nosotros creemos que como regla general debemos rechazar ese argumento, por cuanto ha

---

<sup>12</sup> Díez Picazo. *Fundamentos del Derecho Patrimonial*. 2014. p.319

obtenido el retorno del principal de una manera más expedita, junto con los réditos que generó en el tiempo de espera, que fue menos prolongado, menos angustioso.

En el ordenamiento jurídico nicaragüense, nos encontramos con la “Ley general de bancos, instituciones financieras no bancaria y grupos financieros”, en su artículo 57, numeral 12, establece la prohibición de incluir en los contratos cláusulas que impidan pagar al cliente anticipadamente su crédito, no obstante la institución bancaria podrá cobrar una penalidad de acuerdo a un porcentaje o modalidad establecida en el contrato. Esta disposición es modificada en la ley 842. *Ley de protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias*, en su arts. 64 y 68, El primero de ellos define como cláusula abusiva la prohibición, limitación y penalización del pago anticipado, sin embargo el último de ellos lo circunscribe a los créditos de Consumo y Microcréditos, así como a los créditos agrícolas y ganaderos cuyo monto no supere los veinticinco mil dólares de los Estados Unidos, sin importar el plazo, y aquellos con un plazo menor de 18 meses sin importar el monto. Otra salvedad son los préstamos con fondos intermediarios que impongan sanción a la entidad financiera por el pago anticipado, debiendo así relacionarse en el contrato. El artículo 68 expresamente establece que el resto de créditos quedan excluidos de tal derecho, por lo cual es una prohibición selectiva.

Las posiciones más extremas han predicado por la prohibición al cobro de intereses, las cual salvo consideraciones de índole religiosas en culturas determinadas ha sido ya abandonada. En sus comentarios al Código Civil de Nicaragua, Cuadra Zavala, refiriéndose a la prohibición de intereses esgrimido en determinado tiempo de la historia, afirma que han sido de esas leyes destinadas a ser violadas, porque es imposible conseguir que las partes interesadas se conformen con ellas<sup>13</sup>.

Retomando la composición de los intereses en el préstamo, consideramos que tiene dos justificaciones elementales, la primera relacionada a la privación que realiza el prestamista de un patrimonio del cual se desprende y transfiere al deudor, y la segunda relacionada con el ya mencionado elemento del crédito denominado *aplazamiento*. Es decir ,el tiempo como factor de referencia para darle un valor al dinero. El diccionario de la Real Academia Española, en su edición del tricentenario lo define como; “provecho, utilidad, ganancia, lucro producido por el capital”.

---

<sup>13</sup> Cuadra Zavala. *Anotaciones al Código Civil de Nicaragua*. 2004. p.665

Parece sobrancero, luego de citar a Díez Picazo, decir que desde sus inicios, el crédito (el mutuo es la expresión del negocio de crédito por excelencia) y el interés han sido una suerte de siameses, con todas las implicaciones que tal afirmación conlleva, algunas veces puede ser separado del capital ante lo cual estaríamos ante un mutuo huérfano de intereses, y otras no es posible hacerlo, que es la *praxis* común. Necesariamente debemos preguntarnos cuál es la regulación que el derecho realiza de ella, o si es a las Ciencias Jurídicas a quien le corresponde establecer el interés a devengar y si es válido ante lo torpe que resultaría su prohibición, al menos limitarle.

El diccionario antes citado, en el mismo apartado que conceptualiza el *interés*, define el interés legal como aquel que a falta de cuantía previa, fija la ley. Una definición que Herrera y Guzmán, al respecto señalan: “En este punto cabe hacer referencia al dato del llamado “interés legal”, que a diferencia de cómo normalmente se ha creído ver, no es un límite a la autonomía de la voluntad, ni tampoco un dato de obligatoria consignación en el contrato, sino más bien, que es una figura supletoria, prevista para cuando alguna cláusula del contrato prevé el pago de intereses y no se ha fijado el porcentaje del mismo”<sup>14</sup>.

Nuestro centenario Código Civil nicaragüense, estipula tal interés legal en su artículo 3401 ante la omisión contractual de indicar su porcentaje y el 3402 lo ancla en el nueve por ciento anual como interés legal. El término *legal*, como bien expresaban los juristas antes citados, adquiriría un papel supletorio ante la omisión de los contratantes, con la finalidad de no caer en una incertidumbre contractual.

Sin embargo, la presión social en materia de intereses siempre ha estado latente, el que debe quisiera pagar menos, y a quien se le debe quisiera ganar más. Durante la década de los años ochenta, la actividad del mercado crediticio era prácticamente inexistente en Nicaragua, no así la demanda de crédito; con el retorno a la democracia en el año 1990, se empieza a dar forma a un nuevo orden económico, surgen nuevas tiendas, nuevos negocios, y con ello nuevas necesidades, afloran los prestamistas y en las reglas de la oferta y la demanda desde la posición económica más fuerte, el acreedor impone sus condiciones. Hay abusos, contratos de compra venta con pactos de retroventa, escondían contratos de préstamos. Se hace necesaria la intervención del estado, ya no para monopolizar la actividad financiera, sino para establecer garantías aceptables para todos, para frenar los abusos e impregnar de equidad la relación contractual.

---

<sup>14</sup> Herrera y Guzmán. *Contratos Civiles y Mercantiles*. 2014. p.411

Es en el contexto expresado anteriormente, que surge la “Ley de préstamos entre particulares” ley 176 del 3 de junio de 1994 y reforma del 2001, las cuales establecen la regulación a los intereses dentro del préstamo dinerario, e imponen un techo máximo; Sin embargo dicha regulación no fue efectiva y el prestamista incluyendo en ese entonces a las microfinancieras organizadas como sociedad mercantil o sin fines de lucro continuaron cobrando un interés mayor al permitido.

Ya no es pues la oferta y la demanda la que establecerá el interés que; no es más que el valor del crédito mismo o el costo del dinero en el tiempo, a pesar de que este principio sacro en el mercado ha sido señalado como un control natural al cobro de los intereses. En tal sentido nos parece oportuno lo señalado por Cuadra Zavala (2004) en su comentario al artículo 3400 del Código Civil nicaragüense: “Se ha dividido el criterio de los sociólogos y de los juristas sobre la conveniencia de establecer la libertad en la estipulación de la rata del interés, o la necesidad de limitar esa estipulación a un *máximum* determinado. Los que opinan a favor de la rata irrestricta, sostienen que el dinero es una mercancía que puede ser vendida o arrendada como cualquier otra, y que el precio de las mercancías es determinado por la ley de la oferta y la demanda; y agregan que la rata de un justo interés varía según las condiciones y localidades, por lo que es difícil encerrar en una regla general los elementos necesarios para expresarla en una cifra fija; y que la libertad irrestricta en la estipulación de la rata es el mejor medio para hacer perecer la usura entre la libre competencia de los usureros. Los que, por el contrario, opinan que debe limitarse la tasa, reclaman el derecho del estado de proteger a los asociados sin dejarlos a merced de determinados intereses. Consecuentemente, las legislaciones han adoptado distintos sistemas, según las ideas que han prevalecido.”<sup>15</sup>. (en el presente párrafo tengo dudas sobre la constante utilización del término “rata de interés” en lugar de “tasa de interés”).

De las líneas escritas con anterioridad, nos atrevemos a afirmar que en Nicaragua, seguimos ese doble rasero del control de los intereses: por una parte, tenemos el sistema financiero con liberalidad en la estipulación de intereses tanto para bancos como instituciones de microfinanzas, ciñéndose a la oferta y la demanda; y un subsistema que ve limitada la estipulación de la tasa de interés.

Justificando el derecho del estado a fijar límites en la estipulación de intereses, nos parece oportuno lo expresado por Avedaño, “El paradigma neoclá-

---

<sup>15</sup> Cuadra Zavala. *Anotaciones al Código Civil de Nicaragua*. 2004 p. 664

sico “dejad hacer, dejad pasar”, retomado por la escuela neoliberal, ha pasado a la historia y se necesita un Estado que regule eficientemente al mercado financiero. Como suelen decir, la mano invisible del mercado debe estar acompañada de la mano visible del Estado”<sup>16</sup>.

En el año 2013, se aprueba la ley 842 “Ley de protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias” antes citada; que en su artículo 75, regula por tercera vez desde la publicación en el año 1994 de la ley de préstamos entre particulares, la materia de intereses, y en esta oportunidad de manera amplia, ya que en su inicio reza que; en la contratación de bienes o servicios que sean cancelados a plazo; mutuos y créditos de cualquier clase. Lo que a nuestro juicio extiende hasta los límites de la imaginación, cualquier tipo de crédito en los que medie un usuario.

No obstante lo normado en la ley de préstamos entre particulares y su reforma, la nueva disposición legal establece el máximo en dos veces la tasa ponderada que cobren los bancos comerciales para el destinatario final del crédito y regulando los intereses moratorios, estos últimos no podrán exceder del veinticinco por ciento (25%) del monto principal. Si la obligación principal fuere cumplida en partes, los intereses moratorios se reducirán en la misma proporción” (párrafo sexto).

Las leyes antes expuestas evidencian lo expresado y ya citado con anterioridad por el economista nicaragüense Néstor Avendaño, la mano visible del Estado.

Bendaña, dirá: “Lo cierto es que el consumidor, inerme frente a los profesionales altamente especializados en la distribución en cadena de mercancías y servicios, tiene derecho a contar con la protección de la ley para sus intereses”<sup>17</sup>.

De las líneas escritas, nos queda que los intereses son la compensación que el deudor le reconoce al acreedor por el uso de su patrimonio dinerario, en un tiempo determinado, que por lo tanto son accesorios a la obligación principal y, al ser cancelada junto con la porción de interés en el tiempo o plazo del mutuo, dejan de generarse a futuro. Que esa mano visible del Estado ha trastocado la liberalidad como expresión de la autonomía de la voluntad, en la búsqueda de relaciones más equitativas. Incorporando principios de publicidad, difusión y transparencia dentro de la llamada industria de crédito o empresa financiera.

<sup>16</sup> Avendaño. *La tarjeta de crédito para el consumo en Nicaragua*. 2010. Blog Néstor Avendaño.

<sup>17</sup> Bendaña, *Nuevo estudio de los contratos*. 2009 p.39

Sin embargo, desde nuestra Carta Magna, pasando por el código y las leyes que regulan el mercado de crédito y los derechos de las personas usuarias y consumidoras, son puntuales en establecer el deber de pagar lo que se debe. Por lo que no podemos cerrar este tópico sin resaltar el deber del deudor de pagar los intereses y el principal.

Con ello queremos retrotraernos al artículo 2051 del Código Civil nicaragüense que reza: “El deudor de una deuda que produce intereses o renta, no puede sin consentimiento del acreedor, imputar sobre el capital lo que paga, con preferencia a los atrasos e intereses: el pago hecho por cuenta del capital y de los intereses, si no es integro, se imputa primero a los intereses”.

Si retomamos el ejemplo de Jesús prestándole a Jairo, percibiremos con una simple división de C\$ 10,000 entre 12 meses, es igual a C\$ 833.33, sin embargo la cuota que está obligado a pagar es de C\$ 1,066.19. La razón es simple, la cuota lleva el componente doble de capital e interés, Jairo en detrimento de Jesús no puede decir que lo que está abonando debe aplicársele solamente a capital, ya que estaría modificando la naturaleza misma del préstamo transformándolo de una deuda con intereses a una deuda simple, sin pacto de intereses.

Cuando sea a través de autoridad judicial que se compele el cumplimiento de la obligación, de igual manera se presenta la liquidación del préstamo a fin de darle los elementos constitutivos de la suma reclamada al Juez o Tribunal, la interrogante que a continuación debemos plantearnos es ¿Hasta cuando se dejan de generar intereses? ¿Al momento de solicitar ejecución o hasta que se haga efectiva la misma?

Torres Peralta (2015), abordando la ejecución dineraria y la liquidez de la deuda, expresa: “El artículo 661 párrafo segundo CPC, determina como segundo presupuesto la liquidez de la deuda, y a este respecto establece una norma interpretativa de lo que debe entenderse por liquidez y el precepto 661 párrafo tercero del mismo Código resuelve el problema que representan los intereses y costas devengados durante la propia ejecución y que, por tanto, no son líquidos al momento de despacharse ésta”<sup>18</sup>.

Creemos que el comentario del Dr. Torres guarda relación con lo que apuntábamos sobre el cobrar intereses aun no devengados, es decir, a futuro; el artículo del código procesal civil, lo que determina es que no será necesario parar ordenar la ejecución, considerar como liquidas las cantidades que la parte ejecutante solicite por los intereses que se pudieran devengar durante

<sup>18</sup> Torres Peralta. *Derecho Procesal Civil nicaragüense*. 2015 p 544

la ejecución, lo que lo condiciona a un hecho a futuro. El art. 643 CPC establece como requisito que junto a la demanda, debe presentarse la respectiva liquidación estableciendo el porcentaje de los intereses corrientes o legales y moratorios. Sin embargo, llegado el momento de la subasta el artículo 707 CPC, estipula como precio base de la subasta en el literal 2.- “El principal del crédito, más los intereses y costas reclamadas”. *A priori* parecería trasladarnos nuevamente al Art. 643 CPC en donde se fija el precio de la demanda. Más en la práctica, las instituciones de crédito presentan antes de la subasta una nueva liquidación que refleja no únicamente los intereses moratorios, sino los corrientes que se han devengado antes de la misma.

Aun cuando es materia de discusión el cobro de intereses corrientes dentro del proceso, no cabe duda que en relación a los intereses moratorios existe menos resistencia. Una disposición del Art.1868 del Código Civil de Nicaragua, faculta el cobro del interés legal (9%) sobre los intereses vencidos desde que judicialmente son reclamados, creando una suerte de anatocismo legal.

En algún grado se ha tenido el cuidado de no rasgar el *pacta sum servanda*, ya que no le correspondería al judicial, el dispensar intereses pactados, siempre y cuando se encuentren dentro de los parámetros normativos para los sujetos no regulados y cumpliendo con los principios de publicidad y difusión para los regulados, ni se encuentre ante intereses devengados por los propios intereses, es decir, el llamado anatocismo regulado en el 3414 de nuestro código civil.

### 3. Ventas a Plazo

Una expresión cotidiana del negocio de crédito y tal vez tan popular como el préstamo de dinero, son las llamadas ventas a plazo, que tienen su origen a finales del siglo XIX e inicios del siglo XX, permitiendo que con la industrialización, los hogares se beneficiaran de las nuevas técnicas de producción que permitían la realización de productos en masa que era necesario colocar y una vez más sin el crédito tal fin no se hubiera alcanzado. De allí el surgimiento de esta modalidad que permite adquirir el bien y deferir el pago en el tiempo.

Tal ha sido la importancia de esta figura que otras legislaciones cuentan con una ley especial que regula la materia; es el caso de España, República Dominicana, Perú y Colombia entre otros. Nicaragua, en cambio, ha incluido tal figura en la Ley 842. “Ley de protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias”, modelo que también ha sido adoptado por otras legislaciones.

Nuestro legislador realiza en el art 74 de la Ley 842, el deber del proveedor del crédito de informar a la persona usuaria o consumidora el precio de contado y el precio de crédito del bien o servicio ofertado, acá realiza una conceptualización general de la relación denominándola simplemente como *crédito*. Los ordinales siguientes del citado artículo establecen al proveedor la obligación de dar a conocer el tipo de interés, el plazo y el monto total por el cual le saldrá el producto o servicio contratado.

Queremos llamar la atención del artículo que le precede.

El párrafo primero del art. 75, por su parte, contrario a lo que señalábamos en el art. 74 de la “ley de los derechos de las personas usuarias y consumidoras”, realiza una distinción enunciativa de las siguientes figuras; a plazos, entendiendo que se refiere a las ventas a plazo, el mutuo y nuevamente, de forma genérica, se refiere al crédito; lo que nos puede llevar a suponer que son términos indistintos, pero aceptar tal suposición sería un equívoco ya que ambas figuras, si bien encierran *a priori* un mismo fin, también es cierto que poseen sus propias particularidades jurídicas.

Pero nos centraremos en la venta a plazo, la razón de su regulación y sus características propias.

Fernández Gallardo, en relación a la ley de ventas a plazo de España de 1965, cita parte de la exposición de motivos que data de cincuenta años atrás, mas sin embargo encierra elementos justificativos de vigencia. “Es incuestionable la importancia que ha alcanzado el crédito en los tiempos actuales, constituyendo una de las bases en que se asienta el desarrollo de la vida social no solo en los aspectos industrial y comercial, sino también en el de la vida familiar y doméstica. Una de las modalidades del crédito es el de la venta de bienes muebles corporales a plazos, que viene a ser factor importante en los planes de desarrollo económico y cuya extensión es característica de la vida moderna. Hasta ahora, estas operaciones se han venido realizando dentro de las normas generales de nuestro ordenamiento jurídico, pero la realidad reclama imperiosamente una regulación especial que establezca los justos límites de facilidad y garantía para compradores y vendedores”<sup>19</sup>.

La exposición antes citada, no hace más que reforzar criterios ya expresados, con la particularidad que la venta a plazo por lo general es circunscrita a la vida familiar y doméstica, su masificación le hace ya parte de la vida social y como una consecuencia lógica de un fenómeno social, el derecho debe es-

---

<sup>19</sup> Fernández Arias. *El contrato de crédito y préstamo jurisprudencia y doctrina española*. 2011. p.16



tablecer imperiosamente límites y garantías a los contratantes; por otro lado, si bien no podemos obviar el efecto dinamizador del crédito en la economía, también es cierto que un sobreendeudamiento o altos niveles de morosidad traen consecuencias funestas para la economía y la administración de justicia, sin dejar de un lado la presión social que demanda entonces de los angustiados deudores, si no la condonación, al menos la intervención estatal en aras de la equidad.

Otro elemento que consideramos oportuno rescatar del legislador español en su exposición de motivos, es que se determina que la venta a plazos no es sino otra modalidad de crédito.

Nuevamente citaremos de la obra de Fernández Gallardo, la defensa que en cortes hiciera del proyecto de ley de las ventas a plazo, Cabanillas Gallas. “Lo subrayó Cabanillas Gallas cuando, haciendo una rápida exposición de las normas de Derecho comparado que habían regulado este contrato, explicaba: pronto «se puso de manifiesto que, como todo fenómeno masivo, el sistema de ventas a plazos exigía unas grandes organizaciones financieras (...) [y] obligaba a que al lado del fenómeno sustantivo de la venta como puro contrato privado, se tuviese que estudiar y controlar el fenómeno de financiación y los préstamos destinados a la misma. Al mismo tiempo, los estudios económicos fueron poniendo de manifiesto que el fomento de la venta a plazos planteaba serios problemas en época de crisis económica, haciendo difícilmente reintegrables los créditos, y que un desarrollo excesivo de la venta de bienes de consumo podía suscitar serios inconvenientes a efectos de una inflación». El autor terminaba señalando cómo desde entonces las leyes de los distintos países perseguirían, entre otros fines, proporcionar «al poder público los medios de controlar este tipo de ventas, facilitándolas o limitándolas, según aconseje la coyuntura económica”<sup>20</sup>.

Por su parte, la ley española del 13 de julio 1998 que sustituye a la ley de 1965, mantiene sus principios justificativos e incorpora nuevas protecciones a los consumidores, en tanto que en la ley anterior no era motivo de preocupación o abordaje la calidad de consumidor del comparador a plazo.

Pecaríamos de repetitivos, entrar a buscar mayores justificaciones de las razones que llevan al ordenamiento jurídico a regular lo que, visto de forma individual, se reduciría a la mera contratación de una modalidad de la compraventa entre dos sujetos, pero vistas esas relaciones en sumatoria, debemos

<sup>20</sup> Fernández Gallardo. *El contrato de crédito y préstamo jurisprudencia y doctrina española* 2011. p16

entender la intervención de las ciencias jurídicas como el soporte de todo orden económico. Las ventas a plazo representan ya la forma de alcanzar dentro de las familias un mejor estilo de vida y para las empresas una manera de incrementar su productividad. Entra en juego el orden económico de la nación misma.

Castañeda Muñoz, realiza una interesante justificación desde una perspectiva económica de lo trascendental del crédito en esa mutación de un mero medio de satisfacción económica hasta convertirse en un soporte económico, para luego enlazarlo con la venta a plazos de bienes muebles (VPM); “En efecto, en el actual entramado del mundo económico, se ha pasado de considerar al crédito como un medio de satisfacer las necesidades económicas ordinarias, a su consideración como instrumento fundamental en y de los medios de producción. Así entendido, el crédito cobra, desde un punto de vista económico, una nueva dimensión: pasa a tener la consideración de un bien que a su vez es el soporte económico de la producción...Este giro en perspectiva crédito-propiedad empezaba a configurar a la VPM como un útil producto financiero propio de países con potencial económico y de desarrollo. Por otro lado sirve para incrementar el consumo y la productividad, lo que le convierte en idóneo para la sociedad industrial y postindustrial consumista. Al mismo tiempo mejora y aumenta el nivel de vida al posibilitar la adquisición de más cosas con un mismo nivel de ingresos”<sup>21</sup>.

Es este desarrollo y expansión lo que lleva al abandono del concepto de comprador en las relaciones de las ventas a plazo, sustituyéndole por el de *consumidor* quien se hace acreedor de una especial tutela por parte del Estado, que impone principios de publicidad y transparencia en la búsqueda de relaciones más equitativas.

De lo anterior podemos colegir la razón por la cual muchos países adoptan dentro de sus normas de derecho de protección al consumidor las regulaciones a la ventas a plazo, tal como es el caso de Nicaragua; cuya normativa se da a la tarea de establecer los derechos de los usuarios de crédito de consumo a través de las ventas a plazo u otras modalidades, en otros articulados de la ley, regulando lo concerniente al contrato de adhesión, sin establecer modelos pre impresos como en otras legislaciones. La ley no ahonda más en la teoría del negocio jurídico de la venta a plazo, ni en elementos doctrinales ni categoriza la naturaleza mercantil o civil, lo cual ha sido materia de discusión entre los doctrinarios del derecho.

---

<sup>21</sup> Castañeda Muñoz, 1999, Aspectos generales sobre la Ley de venta a plazos de bienes muebles y los consumidores. *Cuadernos de Estudios Empresariales*, (9), pp. 319-320

Sobre la civilidad o mercantilidad de la compraventa a plazo de bienes muebles, los teóricos españoles debaten tal naturaleza basado en articulados tanto de la ley de 1965 como la de 1998.

Fernández Gallardo, cita al respecto varios autores que hacen consideraciones en defensa de la civilidad y la mercantilidad de la venta a plazo, en los cuerpos legales ya citados. “En relación con la ley de 1965, el artículo 4º.1 de la misma apuntaba, para Bercovitz Rodríguez-Cano, a la exclusión de todas las compraventas mercantiles. En su opinión, los contratos regulados por la Ley tienen carácter civil, «como compraventas mixtas que son”<sup>22</sup>.

En relación a la ley de ventas a plazo actual, Fernández Gallardo trae a otro teórico defensor del carácter civilista señalando; “Esta misma calificación mantiene Blasco Gascó al estudiar la cuestión bajo la LVP actual. Para él, el carácter civil de la venta a plazos no debería ser objeto de debate. La finalidad del vigente artículo 5º.1 es excluir las compraventas mercantiles, lo que incluye no solo las de bienes que después se revenderán, sino también las de bienes destinados a su explotación en formas diferentes (por ejemplo, alquilándolos)”.<sup>23</sup>

El comentario de Blasco Gascó, recogido por Gallardo, nos obliga a examinar el texto de la ley de ventas a plazo citado, a fin de si en verdad no da lugar a equívocos sobre la naturaleza de la venta a plazos al menos en dicho reino. BOE-A-1998-16717

### **Artículo 5. Exclusiones**

Quedan excluidos de la presente Ley:

1. Las compraventas a plazos de bienes muebles que, con o sin ulterior transformación o manipulación, se destinen a la reventa al público y los préstamos cuya finalidad sea financiar tales operaciones.

Efectivamente, la norma precitada realiza una exclusión de la venta a plazo de aquellos actos que no tengan como destinatario directo al consumidor o usuario inmediato. Es decir cuando la venta a plazo tenga como fin la circulación en el tráfico del comercio del bien por parte de quien lo adquirió, ya no para su consumo o uso propio.

Una corriente ecléctica para la cual es indistinto el carácter civil o mercantil, a nuestro criterio, apunta a que a este tipo de transacciones le es irrelevante la discusión doctrinal si pertenecen o no al ámbito civil o mercantil, puesto

<sup>22</sup> Fernández Gallardo, 2011, *Estudio Sobre las ventas a plazos de bienes muebles*. p 66

<sup>23</sup> Fernández Gallardo, 2011, *Estudio Sobre las ventas a plazos de bienes muebles* p. 67.

que su especialidad radica en el interés que tales transacciones han despertado en el ordenamiento jurídico el que las ha dotado de una ley especial.

Hemos expresado que nuestra la ley 842. “Ley de Protección de los Derechos de las Personas Consumidoras y Usuarias”, no entra a realizar exclusiones en la materia más que en el caso del financiamiento por instituciones reguladas por la Superintendencia de Bancos y la Comisión Nacional de Microfinanzas, las cuales se rigen por sus leyes especiales y no están llamadas a realizar ventas a plazo.

El carácter de mercantilidad de la compraventa, está dado en Nicaragua por el Código de Comercio, el artículo 341 establece: “Serán mercantiles las compra venta a las que este Código da tal carácter y todas las que se hagan de bienes muebles con el objeto directo y preferente de traficar, esto, es de revenderlos o alquilar su uso”. Tal disposición obligatoriamente nos debe recordar la del art 5.1 de la Ley de ventas a plazo de España, en la que precisamente excluye de la materia protectora de la ley a los bienes muebles destinados al tráfico o al arriendo.

En torno a las ventas a plazo, que es la materia que nos ocupa en el apartado de este trabajo Herrera y Guzmán (2014) expresan:” Pero todavía falta formular “la pregunta del millón”: ¿qué pasa con aquella compraventa en la que el comprador adquiere el bien para consumirlo y no para revenderlo? A priori, todo parece indicar que debe excluirse de la mercantilidad de éstas, en razón de los cual no tendríamos más remedio que afirmar que las compras realizadas por los consumidores en los establecimientos mercantiles (que desde el punto de vista estadístico son la gran mayoría de las operaciones de compraventa que realizan los empresarios), son, ni más ni menos, compraventas de naturaleza civil”<sup>24</sup>.

Lo anterior a pesar que dichas transacciones son realizadas en establecimientos comerciales, que tienen ese giro como negocio, lo que a nuestro juicio constituye una excepción atendiendo al acto negocial, más que al sujeto.

Ante la ausencia o irrelevancia de tal discusión para el carácter cada vez más especial del derecho de consumo, hacemos propias las afirmaciones que para cerrar tal debate realizan Herrera y Guzmán (2014) “...nos parece que la dicción del Código cuando menos, bastante clara. De modo que, no se podrán reputar de mercantiles las compras de bienes muebles, cuando se destinen al consumo del comprador o de la persona por cuyo encargo se adquieren”<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> Herrera y Guzmán. *Contratos Civiles y Mercantiles*. 2014 p. 211

<sup>25</sup> Herrera y Guzmán. *Contratos civiles y mercantiles*. 2014 p 212

## Conclusiones

- a) El carácter polisémico del crédito, nos lleva de igual suerte a una pluralidad de expresiones jurídicas de tal negocio, en las cuales se recoge la expresión jurídica del mismo, a través de la diversidad de contratos o convenios que se plasman. Advertimos que las expresiones contractuales existentes no son rígidas y corresponde a los profesionales del derecho estructurarlas de manera coherente, equitativa y facilitadora del crédito. Día a día nacen relaciones jurídicas emanadas de este traslado patrimonial, en donde una de las partes sufre una merma de su haber en beneficio de un prestatario o demandante de crédito. Encontraremos con frecuencia dentro de los prestatarios de este servicio, la expresión: “Contrato de Crédito”, como sinónimo al negocio del crédito, que sería la acepción jurídica correcta de la cual emanan las relaciones contractuales de las cuales hemos expuesto apenas dos de ellas.
- b) No es un secreto que nuestra economía se encuentra fuertemente dolarizada, y con ello el negocio de crédito, y en aquellos que son pactados en moneda nacional se establece de igual forma el mantenimiento al valor. Por ello debemos afirmar que, en nuestro sistema, en razón de la ley orgánica del Banco Central de Nicaragua, prima la posición ecléctica de la “cláusula estabilizadora”.
- c) En cuanto a los intereses en el préstamo dinerario, Nicaragua impone la liberalidad de la tasa cuando el proveedor del crédito es una empresa regulada, llámese bancaria, financiera o de microfinanzas, e impone techos a todo proveedor que se encuentre fuera del sistema enunciado. Es decir esa mano del Estado, de la que hablaba Nestor Avendaño (citado en apartados anteriores), adopta diversas posturas en dependencia del sujeto oferente de crédito. Solamente asoma una restricción a la empresa regulada y es el no poder exigir en concepto de interés moratorio un porcentaje mayor al cincuenta por ciento del interés corriente en el caso de los bancos y sociedades financieras, en el caso de las microfinanzas la ley crea una nebulosa al decir que la tasa de interés moratoria será igual a la tasa de interés corriente pactada, más una cuarta parte de ésta. En la práctica ninguna institución cobra tal interés moratorio en el entendido que se debe tratar de un error del legislador, por cuanto sería superior al interés corriente.
- d) En nuestro ámbito nacional, si bien se ha realizado una notable mejoría por adecuar nuestro ordenamiento jurídico a los nuevos negocios de crédito, especialmente a través de las entidades reguladas, no es menos cierto que, aun sin la necesidad de crear, como en el caso de España u otros países

como Colombia, una ley de ventas a plazos, se puede llevar a cabo dentro de la propia Ley de Protección de los Derechos de las Personas Consumidoras y Usuarias, un mejor esfuerzo que contemple las particularidades de las ventas a plazo, incluyendo lo concerniente a la “cláusula de reserva de dominio”, y la simulación de ventas a plazo que esconden la contratación de un tercero que actúa como financiador, cuyo análisis será materia de un futuro esfuerzo.

e) Hemos pretendido en nuestro esfuerzo desentrañar la importancia de la figura del crédito, que aun siendo hija de la economía, ha sido adoptada por el Derecho como sustento de la vida social, las ventas a plazo que han venido a ejercer una suerte de democratización del negocio crediticio, incidiendo directamente en el nivel de vida del ciudadano común; sin embargo se debe ser cauto y prudente para evitar que el crédito sobrepase la capacidad de pago del prestatario generando en la metástasis del crédito, el sobreendeudamiento.

f) Hablar del negocio del crédito es hablar del estilo de vida de nuestra sociedad actual; bastaría hacer, desde la visión del lector, un breve recorrido por el entorno, a fin de darse cuenta que muchos de sus allegados viven bajo un techo obtenido “a crédito”, se trasladan a sus oficinas en un medio de transporte adquirido “a crédito”, se recrean o mantiene relaciones afectivas a través “del crédito”, estudian “a crédito”, desbordando el negocio de crédito de nuestros días, aquel temprano fin de satisfacer necesidades. Hoy ha creado una nueva necesidad encarnada en el crédito mismo, ya no solamente se adquiere para financiar la necesidad apremiante, el crédito mismo se convirtió en necesidad. Es allí donde, a nuestro parecer, ha radicado la pertinencia del presente esfuerzo y su atención para las Ciencias Jurídicas.

## REFERENCIAS

### Bibliográficas

AVENDAÑO, NÉSTOR. *La tarjeta de crédito para el consumo en Nicaragua*. 2010. Blog Néstor Avendaño <https://nestoravendano.wordpress.com>

EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A. E. (1993). Algunos apuntes para el estudio de la ley 483 del Fuero Nuevo de Navarra. *Revista jurídica de Navarra*, (15), 145-154.

BENDAÑA GUERRERO, G. *Nuevo estudio de los contratos*. 2009 Ed. Hispamer. Managua

FERNÁNDEZ CARTAGENA, J.F. (2014). Actualización de deudas pecuniarias-Impli-cancias civiles. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (14), 68-72.

CUADARA ZAVALA, JOAQUÍN. (2004) Anotaciones al Código Civil de Nicaragua. Hispamer. Nicaragua.

DIEZ PICAZO, L. (2008) Fundamentos del Derecho Patrimonial. Ed Aranzai 6t edición. Navarra España

Ediciones Centro de Especialización e información judicial. Corte Suprema de Justicia de Nicaragua. (2014) Constitución Política de la República de Nicara-gua. Texto integro con reformas incorporadas.

FERNÁNDEZ ARIAS, CARLOS Y JOSÉ. (2000), Dijusa. Madrid España.

FERNÁNDEZ GALLARDO, Í. F. (2011). *Estudios sobre la venta a plazos de bienes mue-bles*. Librería-Editorial Dykinson.

GARRIGUEZ, J. Temas de Derecho vivo. (1978) Editorial Tecnos. Madrid. España

HERRERA ESPINOZA & GUZMÁN JAIRO (2014). *Contratos Civiles y Mercantiles* (6ta ed) Managua, Nicaragua: UCA Publicaciones. .

CASTAÑEDA MUÑOZ, J. E. C. (1999). Aspectos generales sobre la Ley de venta a plazos de bienes muebles y los consumidores. *Cuadernos de Estudios Empresaria-les*, (9), 317.

PRICE, JOHN. *El Crédito es Rey*. Latin Trade (2013) recuperado de <http://latin-trade.com/es/el-credito-es-rey/>

RACHE, D. C. B. L. (2010). *Moneda y banca: ideas fundamentales y talleres de apli-cación*. Colombia: Editorial Politécnico Grancolombiano. Retrieved from <http://www.ebrary.com>

ORTÍZ SOTO, O. L. O. (2001). *El dinero: la teoría, la política y las instituciones*. Unam. 68

TORRES PERALTA, WILLIAM (2015). *Derecho Procesal Civil*, Impresiones Gutten-berg. Managua

# Elementos constitutivos de las restricciones a la autonomía privada en sede de intereses

Jairo José Guzmán García<sup>1</sup>

**Resumen:** Dentro de la práctica económica de hoy, como de ayer, los negocios de financiación, especialmente el de préstamo, representan una buena parte de las transacciones entre los sujetos de Derecho. Y por su importante función económica, los intereses han sido objeto de tratamiento dentro de los ordenamientos jurídicos de disímiles maneras, no obstante un rasgo que al día de hoy identifica las regulaciones legales, es el hecho de oponer a la libre configuración de los intereses, a efectos de evitar el abuso del acreedor respecto al deudor -usura-, el límite del “orden público” en su expresión económica.

**Palabras Clave:** Usura, Intereses, Limitaciones, Orden Público

*Abstract: In economic practice of today, as yesterday, the financing business, special interest in loans, they represent a large part of transaction between the subjects of law. And because of it's important economic role, the interests have been object of treatment within the legal systems of dissimilar ways, however a trait that today identifies the legal regulations, is the fact of opposing the free configuration of interests, in order to avoid abuse of the creditor against the debtor –usury-, the limit of the “Public Order” in it's economic expression.*

**Keywords:** Usury. Interests. Limitations. Public Order.

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho Civil con calificación Sobresaliente *cum laude* por unanimidad, de Universidad de Alcalá (Madrid). Profesor titular de Derecho Civil de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamericana (UCA-Managua). Docente de pre y postgrado de la UCA. Asesor externo de la Asamblea Nacional de Nicaragua. Abogado y Notario Público. Correo electrónico: [jguzman@ns.uca.edu.ni](mailto:jguzman@ns.uca.edu.ni)



## 1. Las obligaciones pecuniarias

Como es de sobra conocido, las obligaciones ubicadas bajo esta nomenclatura, son aquellas cuyo objeto sólo puede estar constituido por una cantidad determinada de dinero, entendido como medio universal para el intercambio de bienes y de servicios<sup>2</sup>.

En el ordenamiento jurídico nicaragüense, la Ley 732/ 2010, de 22 de julio orgánica del Banco Central, asigna a esta entidad, la responsabilidad de emisión, puesta en circulación y retiro de las piezas de billetes y monedas de curso legal -art. 5, inc. 4-, determinando además el efecto liberatorio de obligaciones que tales piezas tienen reconocido por parte del Estado. A ello refieren expresamente los artículos 35 y 36 del citado cuerpo normativo: “Los medios legales de pago de la República serán los billetes y las monedas emitidos de conformidad con esta ley, que tendrán, dentro de todo su territorio curso legal y poder liberatorio, y que servirán para solventar toda clase de obligaciones”. “Los precios, impuestos, tasas, tarifas, honorarios, sueldos, salarios, contratos y obligaciones de cualquier clase o naturaleza que deban ser pagados, cobrados o ejecutados en el país se expresarán y liquidarán en Córdobas. Toda cláusula calificativa o restrictiva, que imponga pagos en metales, monedas o divisas extranjeras o cualquier unidad monetaria o medio de pago que no sea el Córdoba será nula.”.

Ante dicha panorámica, se puede afirmar que los preceptos expuestos son los que brindan el respaldo institucional -estatal- a la moneda nacional de Nicaragua, determinando no sólo al órgano administrativo que regula la emisión, sino también asignándole la tarea de retirar o alterar de algún modo la forma del mismo.

Así, cualquier tipo de obligación, por su carácter esencialmente pecuniario, puede verse satisfecha entregando sumas de dinero. No obstante, en este punto debemos separarnos de otras expresiones obligacionales, para prestar atención, especialmente al mutuo, cuya caracterización esencial es la traslación dominical de una determinada cantidad de dinero del prestamista al prestatario, a cambio de que éste último devuelva dicha suma en el tiempo y las condiciones pactadas.

Esa mencionada traslación del dominio sobre la suma de dinero de uno a otro sujeto que se produce en este tipo de relaciones obligatorias, puede o no, dar pie para que el acreedor exija que cuando el deudor devuelva la suma,

<sup>2</sup> Díez Picazo / Guillón, Sistema II, 2003, 136.

agregue una cantidad de dinero que representaría mantener el poder adquisitivo de lo originalmente entregado, lo cual acaece en sistemas financieros nacionales cuyas monedas, por determinadas reglas económicas, determinan el valor de su moneda respecto a otras -en Nicaragua, el parámetro está dado por la moneda “dólar” de los Estados Unidos-, y así, la suma agregada representaría mantener al acreedor indemne de cualquier desmejora el valor del dinero en la misma proporción que éste tenía cuando se realizó el mutuo, cuestión que resulta contraria al principio nominalista que la doctrina<sup>3</sup> propone como la consideración por la cual las variaciones del poder adquisitivo del dinero, no incide para nada en la relación obligatoria.

No obstante, exigir una suma agregada a la original, también puede representar una ganancia, y entonces estaríamos en presencia del denominado “interés”, que dentro de la doctrina general de los bienes es considerada, mayoritariamente, como un fruto civil del bien “dinero”<sup>4</sup>.

## 2. La obligación de intereses

El hecho tan señalado de que cuando el acreedor entrega una suma de dinero al deudor, en una obligación pecuniaria, transmite el dominio desplazando de su patrimonio la cantidad de dinero, representa por un lado, la asunción del riesgo de que dicha cantidad de bienes no se restituya, y por otro, que al tratarse de un bien que por lo general produce rendimientos, cuando no son percibidos por su titular, se justifica el cobro de intereses<sup>5</sup> <sup>6</sup>. Debe pagar por ello un precio, que es el interés en estricto sentido jurídico representando en la obligación una suerte de manifestación del principio del equilibrio de prestaciones<sup>7</sup>. Por lo cual, el interés debe ser considerado como un fruto o producto

<sup>3</sup> La cruz Berdejo, et. al; Elementos de Derecho civil, t. II: Derecho de obligaciones, vol. 1 Parte general; 2000; pág. 96.

<sup>4</sup> V. por todos, Díez Picazo / Guillón, Sistema III, 2002, 153. Díez Picazo / Guillón, Sistema II, 2002, 141. Conforme al tratamiento legislativo en el Código Civil de Nicaragua, los frutos se clasifican en naturales, civiles e industriales. Distinguiéndose básicamente por la intervención de la labor del hombre en su producción. Así, los frutos naturales son “producciones espontáneas de la tierra” o de los animales, los industriales son obtenidos a partir del trabajo o cultivo y los civiles son productos obtenidos a partir de prescripciones legales, como el arrendamiento o los intereses (art. 623).

<sup>5</sup> Lacruz Berdejo, et. al; Elementos II, 1, 2000, 104.

<sup>6</sup> Como bien dice Villagrasa Alcaide, La deuda de intereses; EUB; Barcelona; 2002; pág. 21: “La deuda de intereses tiene una base eminentemente económica. En tales términos, la deuda de intereses conforma el precio que se paga por la utilización efectiva o potencial de bienes de capital, en cuantos factores de la producción. En términos jurídicos, este precio se corresponde con la retención o detentación de dinero ajeno. La deuda de intereses depende de su constitución legal o convencional y se calcula a partir de la cuantía de ese capital ajeno, del porcentaje y de la duración de la deuda.

<sup>7</sup> También acoge esta idea Villagrasa, La deuda de intereses, 2002, 30.

del capital, y que como ya se explicó, en el ordenamiento jurídico nicaragüense se debe considerar como expresión de frutos civiles (art. 622- 645 CC).

## **2.1 Naturaleza de la obligación de pagar intereses**

En la legislación civil nicaragüense -CC-, dentro del apartado que se dedica a la naturaleza y efecto de las obligaciones, el artículo 1867, concibe que el interés constituye una especie de “indemnización de daños y perjuicios”, que se produce cuando el deudor de una suma de dinero, incumple su obligación, con lo cual se eintereses, cuando el pago no es íntegro: la imputación de pagos.

Así resulta lógico que cuando la deuda produce intereses, al no encontrarse obligado el acreedor a recibir el pago si no está completo, debiendo haber imputado primero lo recibido al concepto de intereses y lo restante al principal, se entienda que ha renunciado a los frutos que de esa forma le queda debiendo el deudor.

En todo caso, el recibo de un capital, como presupuesto para aplicar la liberación al deudor, se debe entender como alusiva al documento que el acreedor da al deudor reconociendo el hecho del pago, y en el que también ha de constar la reserva sobre los intereses, teniendo así este hecho naturaleza de confesión extrajudicial o renuncia al derecho de crédito.

## **2.2 Clasificación de los intereses**

En un principio, al menos desde la entrada en vigencia de nuestro Código Civil, los intereses se pueden clasificar en legales o voluntarios. En general, el interés legal -dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1867 CC- corresponde al nueve por ciento anual. Este primer tipo de intereses resulta de aplicación para cuando las partes no han estipulado ninguna otra tasa con la cual cuantificar los frutos producidos por la suma de que se trate, es una medida con la cual el legislador ha dotado del carácter “productivo” a las deudas nacidas de contratos en que no se ha pactado tasa alguna, o bien cuando se hace necesario declarar judicialmente una medida, a partir de la cual se generen los frutos de una suma condenada a pagar en concepto de daños y perjuicios.

En cambio, se consideran intereses voluntarios, la tasa que deudor y acreedor pactan ya sea en el momento del nacimiento de la obligación, dentro de los límites de la autonomía privada son permitidos en los negocios jurídicos

-aunque desde ciertas fechas acá con determinadas restricciones nacidas de leyes particulares que procuran regular la abierta libertad que en esta sede permitió el Código-, es decir los que las partes convienen de consuno.

Efectivamente, el tratamiento específico de este tema está dado en el código a propósito del desarrollo del contrato de mutuo. Así, el artículo 3399 sienta la premisa fundamental de que es lícito pactar intereses en dinero o en especies de cualquier tipo de bienes siempre que tales sean fungibles o consumibles. Además, inmediatamente después, en el artículo 3400, el código dispone que los intereses pueden ser libremente determinados, no tienen una limitación en cuanto al *maximum*: “Los contratantes pueden estipular por vía de intereses la cuota que a bien tengan”. De esa forma la autonomía privada de los particulares era creadora de intereses de libre configuración, y tal posibilidad representó una puerta abierta al ejercicio de la usura.

### **2.3 Limitaciones a la libre configuración de los intereses**

En el ámbito histórico de las limitaciones legislativamente dispuestas a los particulares para el establecimiento de porcentajes de interés, destaca la norma que por primera vez dedica su contenido a este propósito. Se trata de la ley de 3 de junio de 1852, por la cual, se restringió para los particulares, la posibilidad de pactar intereses, como máximo, al uno por ciento mensual. Y a este propósito, debemos recordar que en Nicaragua, hacia ese año, aún tenían vigencia, las leyes españolas.

Posteriormente, la citada ley, fue derogada por el artículo 2206 el código Civil de 1867 -el cual era totalmente inspirado en el Código chileno de 1857- cuyo texto establecía: “El interés convencional no tiene más límites que los que fueren designados por ley especial; salvo que, no limitándolo la ley, exceda en una mitad al que se probare haber sido interés corriente al tiempo de la convención, en cuyo caso será reducido por el juez a dicho interés corriente”.

En ese mismo sentido de restricción, la ley reglamentaria de casas de préstamo, establecía en su artículo 15, que tales establecimientos sólo estaban autorizados a imponer el cuatro por ciento de interés mensual sobre las cantidades dadas en préstamo.

En el año 1915, con ocasión del restablecimiento de la Ley de 20 de octubre de 1914, sobre espera a favor de deudores morosos, realizada a través de la ley de 26 de febrero del año primeramente citado, se determinó que luego de vencidos los plazos que se hubieren convenido y durante la espera que se

concedía en virtud de las disposiciones de aquella ley, los intereses legales o los convencionales, seguirían devengándose, no obstante, si tales excedían de una tasa del dos por ciento mensual, *ipso iure*, había de entenderse reducida dicha tasa, al uno por ciento con relación a igual lapso de tiempo.

La restricción de intereses también aparece en el artículo 4 de la Ley de emergencia que modifica temporalmente las relaciones jurídicas entre acreedores y deudores, de 26 de mayo de 1933, por el cual se ordena que los deudores no deben ser sometidos a pagar intereses mayores del nueve por ciento anual, y se establece además que en ejecución judicial, la liquidación de las deudas deberá calcularse desde su origen, a un tipo de seis por ciento.

A propósito de la reforma del artículo 3114 CC, a través de la Ley de 8 de octubre de 1934, se reitera que la tasa más alta de interés que se podía estipular era de nueve por ciento anual, fijándose en seis por ciento el interés legal. Esta norma también es destacable porque en su artículo 3 se determina en qué consiste la usura: “el cobro de un tipo de interés superior al nueve por ciento anual”.

Luego de la reforma monetaria llevada a cabo en el año 1990, el Banco Central de Nicaragua, emitió la resolución CD-XXXII-3-90 aprobada el 1 de mayo de 1990, por la cual se fijaban las tasas de interés que de acuerdo a los rubros económicos a que perteneciesen los deudores, podían ser estipulados y cobrados (así por ejemplo, para el comercio se fijó el 22%, para la industria 18%, etc.). En dicha disposición, también se fijaba el porcentaje de intereses que anualmente devengarían los certificados de depósito a plazo que se constituyeran en la nueva moneda -córdoba oro-, que se creó dentro del proceso de conversión monetaria.

## **2.4 Parámetros legales de limitación actual de los intereses**

Las circunstancias políticas, sociales y económicas de Nicaragua, luego del año 1979 y hasta 1990, hicieron posible que, dentro de la práctica social en general, las controversias por incumplimiento de deudas dinerarias, o bien la circulación de dinero dentro del mercado, no fueran practicados de forma profusa, por lo cual, el Estado no encontró motivo para interesarse y legislar sobre el tema de los intereses.

No obstante, la antes citada panorámica varía radicalmente cuando el país retorna a una economía de mercado -a partir de 1990- por la cual el consumo de bienes importados se hace masivo, y junto a ello, la rentabilidad de los comerciantes importadores, quienes, al obtener pingües utilidades, ponen

nuevamente en marcha la práctica del préstamo de dinero. Negocio que ante la falta de claridad sobre el estado vigente a la época, respecto a la legislación de la materia, dio lugar a excesos y abusos en interés de los acreedores.

Como reacción a esa excesiva permisión legal, el poder público determinó crear una ley reguladora de la materia, la ley 176/1994 de 3 de junio por la cual se actualizó la regulación del sistema de cobro y tasación de intereses, y cuyo contenido fue reformado siete años después por la ley 374/2001 de cinco de abril “de reformas a la ley 176”.

En ellas se realiza un esfuerzo por determinar para todos los supuestos, el tipo de interés que los particulares deben cobrar en los contratos celebrados entre ellos. Y así, al principio, se establecía el cobro de la tasa más alta que cobrasen las instituciones bancarias permitiéndose agregar a ello, hasta 50% más.

Por su parte, la citada reforma de la ley original, cambia el criterio sobre el porcentaje y autoriza a que dicha tasa máxima sea la correspondiente al “interés promedio ponderado que cobren los bancos comerciales”, tasas que deberán ser calculadas y hechas conocer públicamente por el Banco Central, dentro de los últimos cinco días de cada mes, a efectos de su efectiva aplicación en todas las transacciones.

## 2.5 Otras clasificaciones de los intereses

La doctrina<sup>8</sup> también propone como formas expresivas de la figura en estudio, a los intereses moratorios y los remuneratorios -correspectivos-.

Como indica su nombre, los intereses moratorios son los que se concretan como deuda accesoria a cargo del prestatario, una vez que se ha producido el incumplimiento del pago, pudiéndosele considerar como una especie de cláusula penal típicamente concebida en la norma. Constituye además un acuerdo con finalidad disuasoria del incumplimiento, puesto que al ser una obligación accesoria a la principal, la magnitud de la afectación patrimonial que le acarrearía deber asumirla. Como se puede apreciar, constituye un blindaje de los intereses del acreedor por medio de la creación de un riesgo patrimonial -verse mayormente afectado- para el deudor<sup>9</sup>.

A diferencia de los antes descritos intereses, se presentan los llamados remuneratorios, que son entendidos como aquellos<sup>10</sup>, por los cuales se remunera al acreedor en virtud de la condición de productividad del dinero del que se

<sup>8</sup> Lacruz, Elementos, II, I, 2000, 105.

<sup>9</sup> Enrech Larrea, “El interés y la usura”, en Revista del Colegio de Abogados de Lleida, N° 59, junio 2008; pág. 23. O’Callaghan Muñoz, Código Civil, comentado y con jurisprudencia; La ley; Madrid; 2001; págs. 1087-1091. Lacruz, Elementos, II, I, 2000, 105.

<sup>10</sup> Lacruz, Elementos, II, I, 2000, 105.

ve privado al momento de la entrega realizada al deudor. Por ello, una deuda con causa en una indemnización, sino más bien que su causa se halla en la productividad del bien -dinero-, es decir que ha de concebirse como fruto civil.

Por ello, también es afirmable que por su medio, el negocio jurídico de mutuo, se constituye en condición de sinalagmático, y es como se ha dicho: vienen a compensar al prestador, por su pérdida de valor y que son propiamente el beneficio, que el préstamo representa para el prestamista<sup>11</sup>.

Las antes expuestas explicaciones conceptuales, se hallan recogidas por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo español<sup>12</sup>, considerando Quinto de la S. de 23 de diciembre de 2015, la cual por su trascendencia transcribimos íntegramente:

Quando se trata de obligaciones dinerarias, no cabe la imposibilidad definitiva de cumplimiento, sino sólo la demora; de tal manera que la indemnización que haya de abonarse por la misma responderá a la cobertura del daño por el retraso en función del tiempo transcurrido hasta el pago efectivo. Como dijimos en la sentencia 265/2015, de 22 de abril, hay una correlación entre lo pactado como interés remuneratorio y lo convenido para el caso de demora. Por ello, el pacto de intereses moratorios no sólo tiene como finalidad un efecto disuasorio para el deudor, sino que también está previendo la remuneración misma que va a recibir el acreedor durante el período de tiempo por el que se prolongue la mora. Así, dijimos en la sentencia antes citada: *«Mientras el interés ordinario retribuye la entrega del dinero prestado durante el tiempo que está a disposición del prestatario, el interés de demora supone un incremento destinado a indemnizar los daños y perjuicios causados por el incumplimiento por el prestatario de los plazos estipulados para el pago de las cuotas de amortización del préstamo, con la función añadida de disuadir al prestatario de retrasarse en el cumplimiento de sus obligaciones»*.

### 3. Aplicaciones patológicas de los intereses: anatocismo y usura

Una vez que hemos expuesto las nociones fundamentales relativas a los elementos característicos del concepto jurídico “intereses” conviene ya, que nos dediquemos a explicar dos formas en las que tal concepto representa fuente de controversia patrimonial entre deudor y acreedor, para proceder posteriormente a presentar las que podrían constituir razones que a la luz del moderno derecho, son oponibles a dichas prácticas.

#### 3.1 Anatocismo

Como ha dicho Murillo Villar<sup>13</sup>, a nuestra lengua, la palabra “anatocismo” llegó por el vocablo latino *anatocis-us i*, que a su vez proviene del griego *ανατοκισμός*

<sup>11</sup> Enrech Larrea, RCALL 59, 23

<sup>12</sup> Sentencia nº 705/2015 de TS, Sala 1ª, de lo Civil, 23 de Diciembre de 2015.

<sup>13</sup> Murillo Villar, “Anatocismo. Historia de una prohibición”, en, *Anuario de Historia del Derecho español*; BOE; 1999; pág. 497. Además, expone el autor, que constituye un vocablo que no aparece en las fuentes romanas, no obstante, se puede encontrar referenciado en un texto literario: *epistulae* que dirige Cicerón a Ático.

(anatokismós) integrado de los temas *ana* (de nuevo, repetición) y *tokismós* (usura, préstamo a interés), de tal suerte que se puede conceptualizar a esta figura como la acumulación de los intereses devengados al capital a efectos de que a partir del resultado, se produzcan nuevos intereses. Es un concepto que se traduce como “intereses de los intereses” o interés compuesto<sup>14</sup>.

Tanto en el ordenamiento nicaragüense como español<sup>15</sup>, el anatocismo se puede clasificar en legal y convencional, de la misma manera que dichos Códigos Civiles clasifican los intereses.

Específicamente, en el CC nicaragüense, el anatocismo legal se prevé en el artículo 1868, que expresa: “Los intereses vencidos devengan el interés legal desde que son judicialmente reclamados, aunque la obligación haya guardado silencio sobre estos puntos”. Esta disposición normativa deja expedita la posibilidad para que una vez iniciados los trámites judiciales para la obtención de la prestación dineraria debida, se produzca el anatocismo por mandato legal, puesto que la tasa equivalente al interés legal, se aplicará a los intereses de la deuda original que se encuentra vencida y exigida. Ello constituye una cláusula implícita, según se desprende de la expresión “aunque la obligación haya guardado silencio sobre estos puntos”.

Por su parte, el anatocismo también se encuentra tratado en el texto del artículo 3414 C. según el cual, en nuestro ordenamiento resulta prohibido cobrar intereses de los intereses vencidos. Aunque dispone una excepción: “pueden estipularse períodos para la capitalización, pudiéndose desde entonces cobrar los intereses del capital liquidado”.

Comparando lo dispuesto por los antes citados artículos, pareciera como que existe una contradicción, no obstante, debe quedar claro, que el anatocismo que se permite en Nicaragua, es el legal, según las prescripciones antes citadas del artículo 1868. Y en consecuencia, el que se encuentra prohibido, es el anatocismo de tipo convencional, salvo que se produzca el convenio señalado en la parte final del art. 3414, es decir, que entre deudor y acreedor, de consuno, se decida que los intereses vencidos se agregarán al capital durante determinados lapsos de tiempo, a efectos de que la suma resultante, sea la base de cálculo de los intereses para el siguiente periodo. Ello es sinónimo de que al finalizar cada periodo se liquidará la nueva suma de capital, a efectos de que el deudor esté consciente de la afectación patrimonial a que se enfrenta si continúa en situación de impago.

<sup>14</sup> O’Callaghan Muñoz, Código Civil, comentado y con jurisprudencia; La ley; Madrid; 2001; págs. 1087-1091.

<sup>15</sup> Arts. 1255 y 1255 CC español. arts. 2437 y 1868 CC de Nicaragua



No obstante lo antes analizado, la ley 176/1994 de 3 de junio, reguladora de préstamos entre particulares, zanja definitivamente la cuestión sobre la admisibilidad del anatocismo convencional, al expresar de forma tajante -art. 4- que los intereses no podrán ser capitalizados, eliminándose así cualquier duda en torno a la posibilidad de que este tipo de anatocismo se pueda practicar.

### 3.2 La usura

La aproximación a esta figura impone recordar que su existencia y dinámica son concurrentes con la realidad de los intereses tal y como los hemos estudiado antes. Es decir que en principio, son conceptos concomitantes y de presencia constante -ya sea para combatir a la usura o para permitirla en algunas condiciones- en la historia del Derecho occidental<sup>16</sup>.

Y es que la doctrina da cuenta de esa prolongada existencia de la usura en la historia, así, dentro de la literatura especializada, se aprecia manifestaciones de su práctica, desde el Derecho griego, pasando por Roma, con una amplísima discusión, principalmente en contra de la figura, durante la Edad Media, hasta llegar a la época de las codificaciones en la cual se admite el cobro de intereses, y en consecuencia se abre la puerta a que se pacten excesivos<sup>17</sup>.

Siguiendo en ello a la doctrina<sup>18</sup>, se puede explicar que la usura constituye un fenómeno directamente ligado a la determinación convencional de la cuantía de los intereses, pues si como se ha venido sosteniendo, tale son una retribución al acreedor de capital por verse privado de su utilización, la cuantía del interés, debería orientarse por las circunstancias del mercado de dinero. En consecuencia, la primera consideración que se podría hacer sobre su cálculo es que las partes deberían fijarlo libremente, pero en el desarrollo de esa dinámica en la que la autonomía privada juega un papel preponderante, es posible que las partes se encuentren en situaciones en las que, principalmente, por la falta de libertad efectiva para decidir, se generan

---

16 JIMÉNEZ MUÑOZ, La usura. Evolución histórica y patología de los intereses, colección monográfica de Derecho Civil II. Obligaciones y contratos; 2010; pág. 17. Además, explica este autor (pág. 23) que el término usura o en su plural, usurae, en un principio sólo hace alusión a los intereses -primordialmente- a los de tipo retributivo, adquiriendo un tinte de tipo negativo durante el tiempo prolongado de prohibición. Así, cuando se admitió la licitud de los intereses, se acuña este término (derivado de interesse, proveniente a la vez, de inter esse e id quod interest) haciendo alusión a los intereses lícitos, indemnización, concreción del id quod interest del acreedor en la obligación principal, en tanto se reserva el viejo término “usura” para referirse al fenómeno de los intereses ilícitos.

17 Jiménez Muñoz, La usura, 2010, 23-58. Murillo Villar, Ahde, 1999, 497-512. Fernández-Arias Shelly, et al; “Breves antecedentes históricos de la usura”, en, Revista Vlex internacional; pag. 385-409.

18 Lacruz, Elementos, II, I, 2000, 106.

situaciones contrarias a la justicia retributiva, que el derecho debe amparar. Así pues, se podría plantear una situación usuraria.

Ante la ausencia de una definición legal dentro del ordenamiento jurídico nicaragüense, en torno a lo que debe entenderse como usura, podemos acudir a la definición que se propone, para el Derecho español, en la ley de 23 de julio de 1908, de represión de la usura (comúnmente conocida como “Ley de Azcárate”), la cual en su artículo 1, determina que será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero, y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso, o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales”.

Como es de notar, la configuración específica que en la legislación española tiene la figura en estudio, representa el producto de un ejercicio de aprovechamiento del acreedor -atrayendo para sí mayores ventajas que las que serían justas-, de las circunstancias personales o familiares del deudor, quien ante la única posibilidad de paliar sus necesidades aceptando lo propuesto por aquel, termina conviniendo cláusulas y condiciones que en circunstancias distintas, por la grave carga patrimonial que representan, no habría aceptado.

Ante la situación que se genera a partir de la práctica de la usura y del anatocismo, cabe interrogarse si más allá de los tradicionales razonamientos que se exponen en la legislación civil, especialmente en el supuesto del artículo 2437 CC que dispone la autonomía privada junto con sus límites, o de la ley correspondiente sobre préstamos entre particulares, podría articularse de forma más exacta una justificación que incorpore la perspectiva del derecho moderno. Una respuesta que integre de la manera más completa posible las varias piezas de que se compone el ordenamiento jurídico.

A intentar construir lo antes propuesto, desde la perspectiva del derecho nicaragüense, nos dedicaremos de aquí al final de este breve trabajo investigativo.

#### **4. Algunas reflexiones de derecho actual relativas a las restricciones en sede de intereses**

##### **4.1. Tutela convencional de los instrumentos internacionales relativos a los Derechos humanos por parte de los Tribunales de justicia**

De acuerdo con el artículo 160 de la Constitución nicaragüense, en conjunción con lo que dispone el artículo 46 de dicha norma, los tribunales que constituyen

la administración de la justicia en Nicaragua, tienen el deber de garantizar, proteger y tutelar los derechos humanos. Derechos que se encuentran recogidos y establecidos en nuestro ordenamiento jurídico por virtud de su ratificación por Nicaragua. En tal sentido, el artículo 45 Cn señala entre otros varios instrumentos suscritos por nuestro país, la Convención Americana de Derechos Humanos.

Dicha Convención, dispone en su artículo 12, como un derecho fundamental, que los sujetos de las naciones que forman parte de dicho sistema, se hallen protegidos contra la usura.

En tal sentido, si por el artículo 160 Cn, los tribunales tienen la obligación de garantizar, proteger y tutelar los derechos humanos, y tales derechos humanos son dispuestos en los instrumentos que reconoce el artículo 46 Cn, consecuentemente deben realizar un control convencional<sup>19</sup> judicial de la usura dentro del ejercicio de la tutela efectiva de los derechos de los ciudadanos. Y ello, no a nivel de normas estatales, sino más bien sería una práctica enderezada a un ejercicio oficioso de revisión y calificación de los contratos que por razón de su labor, les corresponda conocer. De tal manera que cualquier condición contractual que, dando lugar a una controversia, pudiese revestir la condición de usuraria -o de anatocística-, pudiese ser declarada nula a efectos de mantener un *statu quo* de armonía jurídica entre todos los elementos que integran el ordenamiento del Estado.

### **3.2 El orden público económico.**

Una segunda pieza que podríamos ubicar como elemento de análisis integrador del ordenamiento jurídico contrario a la práctica de la usura y el anatocismo, está dado por las consecuencias que derivan de un análisis del orden público económico y los condicionamientos que del mismo derivan para la práctica social e individual de los intereses patrimoniales en el Derecho moderno.

#### **A. Conceptualización.**

Como en todo tratamiento de lo jurídico, antes de desarrollar completamente la temática abordada, es menester presentar el concepto fundamental para la construcción de las ideas.

---

<sup>19</sup> En tal sentido, explica TREJO ORDUÑA, “El control de convencionalidad y la usura”, en Revista El mundo del Abogado, octubre 2012; pág. 50.: El control de convencionalidad, procura hacer prevalecer la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José, sobre las reglas locales que se le oponen. El objetivo del control de convencionalidad es determinar si la norma nacional enjuiciada, es o no convencional.

Una primera aproximación a lo que es el orden público económico, debe hacerse en un primer momento, trayendo a colación el origen conceptual del “orden público” en sí.

En tal sentido, se ha dicho que<sup>20</sup>, fue en el *Còde*, donde por primera vez se utilizó el término en cuestión, tratando de concentrar en tal nombre los principios sobre los que se erigía la revolución francesa: libertad, propiedad, igualdad. Con tal fórmula aparentemente se quiere expresar un nuevo concepto que satisfaga una nueva exigencia: la nacida de las ideas que afloran a partir de la revolución: la de un orden social basado por un lado en la supresión del antiguo sistema de las corporaciones y de la diferenciación de los individuos por su pertenencia a estamentos inconciliables entre sí; y por otro lado, sobre el reconocimiento y la protección de la propiedad y, en aplicación franca del principio de no intervención del Estado en materia económica, también sobre el reconocimiento al individuo, de la más amplia autonomía y libertad de iniciativa. Frente a ello, el orden público está llamado a afirmar y conservar dicho esquema ideológico. Esa función de límite, que el orden público está llamado a cumplir frente a la autonomía privada o negocial, no conlleva la exigencia del interés público por encima de los intereses particulares ni la posibilidad de que éste deba y pueda ceder frente a aquél. El orden público como límite del hacer negocial, expresa de forma más específica la exigencia de que los particulares no subviertan los valores fundamentales sobre los que se erige el orden social: sino que desarrollen sus relaciones dentro del marco del respeto a los valores y principios que el Estado considera como esenciales y más propios de la organización social en un determinado momento histórico. Así pues, el orden público pone límites a la autonomía privada en función del respeto a los valores fundamentales propios y característicos del ordenamiento jurídico, esa fue la intención del legislador napoleónico al ubicar al orden público dentro de la lista de los límites de la autonomía privada.

Desde esa óptica, si se aplica la noción antes expuesta, al aspecto económico de un país, se obtiene como mezcla de nombres, el orden público económico, que aunque igual al anterior punto, reviste grandes vicisitudes para concretarlo conceptualmente, por convenir a este trabajo, tan solo nos limitaremos a presentar las ideas generales útiles para el propósito de aplicar a la usura y el anatocismo, este concepto y los principios que de él derivan.

---

<sup>20</sup> Di Pumpo, “L’ordine pubblico e nullità dell contratto”, en *Filodiritto* N° 119 –diciembre de 1994-.

En tal sentido, con la mejor doctrina<sup>21</sup> podemos afirmar que el orden público económico es un concepto relativamente reciente que resulta ser aplicación a lo económico del genérico concepto “orden público”. No obstante, se lo puede concebir como principios ordenadores de la actividad económica que llevan a cabo los Poderes Públicos y los operadores económicos privados, en un determinado momento histórico. Es en definitiva, el conjunto de reglas que son básicas para el orden jurídico global y con arreglo a las cuales en un momento dado aparece organizada la estructura y el sistema económico de la sociedad<sup>22</sup>.

De esa perspectiva conceptual, derivan los llamados principios integradores del orden público económico, que según Díez Picazo<sup>23</sup>, traducen la fuerza y eficacia de los principios jurídicos generales. Veamos cuál o cuáles de ellos cabría oponer al anatocismo y a la usura.

### **B. Expresiones del orden público económico.**

- La atribución de los bienes económicos: el derecho de propiedad privada, que de forma específica se contiene en el texto del artículo 44 Cn nicaragüense al reconocer las diferentes manifestaciones de la riqueza y del derecho de propiedad, comprometiéndose a garantizar la tutela del mismo. Este principio de orden público económico, podría oponerse a la práctica usuraria y anatocística puesto que la persona, cualquiera que sea, es sujeto de tutela patrimonial por parte del Estado, y siendo el cobro de intereses en las condiciones de las figuras antes mencionadas, injustamente lesivo del patrimonio del deudor, éste puede impugnar judicialmente a efectos de que se elimine la condición desventajosa.
- La iniciativa privada y la libertad económica: expresado, según el autor al que seguimos, en la libertad de mercado, la libertad de empresa, libre concurrencia económica y libre contratación, lo cual propicia la producción, el intercambio y la contratación de bienes y servicios<sup>24</sup>.
- Conmutatividad del comercio jurídico: el ordenamiento jurídico está fundamentado en las relaciones entre los sujetos de derecho, caracterizadas por todo cambio o colaboración entre ellos, debe fundarse en la

<sup>21</sup> Díez Picazo, Fundamentos, 2007; pág. 53.

<sup>22</sup> En ese mismo sentido, puede verse lo expuesto por TORRIJOS ROJAS, “Orden público económico y constitución económica”, en Revista *Ius Novum*; centro de estudios Ius Novum, Pontificia Universidad de Valparaíso, N° 2 oct. 2009; pág 288-293.

<sup>23</sup> Díez Picazo, Fundamentos I, 2007, 55.

<sup>24</sup> El contenido de tal principio puede encontrarse en nuestro ordenamiento jurídico en: Arts. 104 / 105 / Cn. Art. 2437 CC.

conmutatividad. Así se explica que ningún desplazamiento patrimonial puede realizarse válidamente sin una razón o causa considerada jurídicamente suficiente<sup>25</sup>.

Las expuestas consecuencias de este principio, constituyen elementos argumentativos contrarios a la usura y al anatocismo, en razón de que cuando el acreedor recibe un plus respecto de lo que debería recibir de forma razonable y justa, se enriquece indebidamente. Podría decirse que el acrecimiento patrimonial que representa el exceso de intereses en ambos supuestos de crítica, no debería incorporarse lícitamente en su patrimonio, pues es producto de una práctica contraria al carácter conmutativo que debe presidir toda relación económica.

- Buena fe y moralización de las relaciones económicas: Este principio se puede esbozar a través de la idea, de que las partes en las relaciones económicas, deben observar un comportamiento exento de malicia o de ánimo de aprovecharse del desconocimiento circunstancial de la otra parte. Es decir que se trata de una noción de honestidad y transparencia, traducible a lo que expone DÍEZ PICAZO, como que el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones, se produzca conforme a una serie de principios que la conciencia jurídica considera como necesaria, aunque carezcan de formulación legislativa<sup>26</sup>. En este punto, estaría de más procurar otra explicación que calce mejor como argumento contrario a la usura y el anatocismo, sólo cabe afirmar que evidentemente contrarían este principio.

## Conclusiones

Los intereses constituyen elementos de innegable importancia dentro de las relaciones obligatorias dinerarias.

Los intereses de tipo convencional, en determinadas condiciones pueden generar situaciones de anatocismo, que en el caso del Derecho nicaragüense, se encuentra prohibido.

La convencionalidad a que se somete en principio, la magnitud de los intereses podría favorecer prácticas usurarias.

---

<sup>25</sup> El contenido de tal principio puede encontrarse en nuestro ordenamiento jurídico en arts. 41, 98 Cn/2505 C.

<sup>26</sup> El contenido de tal principio puede encontrarse en nuestro ordenamiento jurídico en 2437, 1874, 2480 C.

Las prácticas usurarias pueden ser atacadas, no sólo acudiendo a los tradicionales recursos legales como: los límites de la autonomía privada, o la nulidad *ipso iure* de las obligaciones con objeto ilícito.

Se puede oponer a las prácticas abusivas en sede de intereses, la tutela convencional que los tribunales de justicia tienen en Nicaragua por virtud de la Constitución, para tutelar los derechos fundamentales, pudiendo declarar nulos los contratos que resulten contrarios al art. 12 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que prohíbe la usura.

Del concepto “orden público económico” derivan ciertos principios que completan el marco referencial que en nuestro ordenamiento jurídico se opone radicalmente al abuso de los sujetos de derecho, respecto a los intereses bajo la figura del anatocismo y la usura.

Específicamente, los principios que se vulneran por el ejercicio de las figuras antes referidas son: la atribución de los bienes económicos, la conmutatividad del comercio jurídico, y el relativo a la buena fe y moralización de las relaciones económicas.

## REFERENCIAS

**Bibliográficas**

DI PUMPO, MATTEO; *L'ordine pubblico e nullità dell contratto*, en *Filodiritto* N° 119 -diciembre de 1994.

DÍEZ PICAZO, LUIS; *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, T. I: introducción, teoría del contrato, 6ª edición; Civitas Thompson Reuters; Madrid; 2007.

DÍEZ PICAZO / GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, t. III; Tecnos, Madrid 2002.

DÍEZ PICAZO / GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, t. II; Tecnos, Madrid; 2003.

ENRECH LARREA, EDUARDO; “El interés y la usura”, en *Revista del Colegio de Abogados de Lleida*, N° 59, junio 2008.

FERNÁNDEZ - ARIAS SHELLY, CARLOS, et al; “Breves antecedentes históricos de la usura”, en *Revista Vlex internacional*.

JIMÉNEZ MUÑOZ, FRANCISCO JAVIER; *La usura. Evolución histórica y patología de los intereses*, colección monográfica de Derecho Civil II. Obligaciones y contratos; Dykinson; Madrid; 2010.

LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, et. al; *Elementos de Derecho civil*, t. II: Derecho de obligaciones, vol. 1 Parte general. Teoría general del contrato; Dikynson; Madrid; 2000; pág. 96

MURILLO VILLAR, ALFONSO; “Anatocismo. Historia de una prohibición”, en *Anuario de Historia del Derecho español*; BOE; 1999.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER; *Código Civil, comentado y con jurisprudencia*; La ley; Madrid; 2001.

Sentencia n° 705/2015 de TS, Sala 1ª, de lo Civil, 23 de Diciembre de 2015.

TORRIJOS ROJAS, JUAN PABLO; “Orden público económico y constitución económica”, en *Revista Ius Novum*; centro de estudios Ius Novum, Pontificia Universidad de Valparaíso, N° 2 oct. 2009.

TREJO ORDUÑA, JOSÉ JUAN; “El control de convencionalidad y la usura”, en *Revista El mundo del Abogado*, octubre 2012.

VILLAGRASA ALCAIDE, CARLOS; *La deuda de intereses*; EUB; Barcelona; 2002.



# El derecho de la información como tutela jurídica de los accionistas en Nicaragua

Cristian Alberto Robleto Arana<sup>1</sup>

**Resumen:** El estudio del derecho de la información como parte de los derechos políticos goza de protección legal y estatutaria considerándose como irrenunciable, permanente, inderogable e imperativo que abarca todos los asuntos sociales. Su ejercicio en pleno permite que los socios puedan deliberar y votar en la junta general, ya sea en su carácter personal o a través de un representante. Los estatutos regularán el ejercicio de este derecho sin que implique una limitación.

**Palabras Claves:** Información / accionista / junta general

*Abstract: The study of the right to information as part of political rights has legal and statutory protection considered as inalienable, permanent and imperative inderogable covering all social matters. Exercise in full allows members can deliberate and vote at the general meeting, either in their personal capacity or through a representative. The statutes governing the exercise of this right without implying a limitation.*

**Key Words:** Information, Shareholder, General Meeting

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho por la Universidad Centroamericana de Nicaragua, Profesor Titular de la Universidad Centroamericana de Nicaragua, Coordinador de la Maestría en Integración Centroamericana y Desarrollo. Email: robleto@ns.uca.edu.ni

## **Introducción**

El presente trabajo de investigación tiene como objetivo exponer algunos de los principales aportes que resultaron del proceso investigativo de la tesis doctoral titulada “La adopción de los acuerdos sociales por la junta general de accionistas en el Derecho nicaragüense” en el tema que aquí desarrollamos sobre el derecho de información como tutela jurídica de los accionistas. En él se analizan soluciones jurídicas dadas por el sistema societario nicaragüense, tomando como base los principios de interés social y de igualdad, considerando éste como un derecho imperativo, irrenunciable, inderogable y funcional, que podrán ejercer los socios independientemente del número de acciones que representan.

Metodológicamente se realiza un análisis cualitativo, que parte de lo simple a lo complejo, sobre el derecho de información. Hemos sistematizado la doctrina extranjera más relevante que abordan la materia y ello nos permite identificar las pautas a seguir para proponer soluciones jurídicas respecto a las leyes vigentes de Nicaragua, así como para presentar a manera de citas los comentarios del anteproyecto del Código de Comercio.

En el primer epígrafe se analiza el derecho de información ubicándonos en el contexto actual del derecho vigente y expresando las principales características que comporta la tutela jurídica. El segundo apartado comprende el ejercicio del derecho de información expresando cómo se ejercita para deliberar y votar en la junta general de accionistas, así los supuestos en que se realiza por medio de representante y los casos especiales del administrador y accionistas sin derecho de voto. El tercer apartado aborda el plazo y la forma de hacerlo efectivo, ya sea previo, durante o posterior a junta general. Finalmente se incluye un breve análisis del deber de informar que realiza el órgano encargado de llevar el control interno y externo de la sociedad, así como la discrecionalidad que pudiera ejercitar para no suministrar la información a los accionistas.

### **El derecho de información como medida de protección de los accionistas**

El derecho de información de los accionistas en el sistema societario nicaragüense se encuentra regulado en los artículos 203 y 205.5 CC de Nicaragua<sup>2</sup>, establece un régimen general que ofrece a los accionistas el derecho de conocer el empleo de los fondos sociales, sin que se especifique si

---

<sup>2</sup> V. Código de Comercio de la República de Nicaragua. Publicado en la Gaceta Diario Oficial No. 248 del 30 de octubre de 1916.

debe ser anterior, simultáneo o posterior a la junta general, excepto el artículo 210 del CC que claramente expresa que en la convocatoria de junta general se dará a conocer el proyecto de modificación en su parte sustancial. El ejercicio de este derecho podrá ser objeto de regulación en la escritura social y en los estatutos<sup>3</sup>.

Este derecho lo tienen todos los socios y posee un carácter imperativo, no siendo objeto de modificación o excluido por pactos particulares. Se ejercita durante la junta o antes de ella. Es una herramienta necesaria para el correcto ejercicio de los derechos políticos atribuidos a los socios. Encontramos a modo de comparación que en el sistema jurídico español se halla regulado en el inciso d) del artículo 93 y en el artículo 197 de la Ley de Sociedades de Capital<sup>4</sup>, tratándose de un derecho mínimo que tiene un carácter funcional, individual<sup>5</sup>, permanente e inderogable<sup>6</sup>, irrevocable, imperativo<sup>7</sup>, personalísimo y abarca todos los asuntos de la sociedad, siendo la convocatoria y la celebración de la junta general momentos oportunos para dotarlo de efectividad, porque a través de la reunión se permite al socio participar en las decisiones de la sociedad. Su objeto consiste en la interpelación al órgano de administración para que facilite al socio información sobre la sociedad o aclare los datos conocidos. Son nulas las previsiones estatutarias que restrinjan el ámbito de la información a la que tiene derecho el accionista. En ese sentido, los estatutos no pueden crear causas de negación de la información que excedan de la regulación legal o cláusulas abiertas que den un margen amplio al presidente

<sup>3</sup> Sandoval López, Derecho Comercial. T.I. V. I.I. Chile: 2010, p. 123; De Borja Villena Cortés. El derecho de información del socio. En Gimeno-Bayón Cobos y Garrido Espa. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 350; Juste Mencía, Los derechos de minoría en la sociedad anónima. Pamplona, 1995, pp. 368-382 y Rodríguez Rodríguez, Derecho Mercantil, México: 1971, p. 103.

<sup>4</sup> V. Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Publicado en BOE No.161, de 03 de Julio de 2010. En particular el artículo 197 ha sido redactado por el apartado cuatro del artículo único de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

<sup>5</sup> V. Romero Fernández, El derecho de información del accionista en la Ley de Sociedades Anónimas, Tesis Doctoral, Sevilla: 1998, pp. 81 al 85, Duque Domínguez, Introducción a la protección de los derechos del accionista frente a los acuerdos de la mayoría, Revista de Derecho de Sociedades: 1993, pp. 29-84; Vicent Chuliá, Compendio crítico de Derecho mercantil, 3ra edición, Barcelona: Bosch, 1991, p. 485 y Girón Tena, Derecho de sociedades anónimas, Valladolid: Marcial Pons, 1952, p. 187.

<sup>6</sup> V. Recalde Castells, Artículo 197. Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014). En Juste Mencía (Coord), Sociedades no cotizadas, Navarra: Civitas, 2015b, pp. 91-111; Romero Fernández, 1998, *Op. Cit.*, pp. 87-94; García, Luengo y Soto Vázquez, El nuevo régimen jurídico de la sociedad anónima (comentarios y jurisprudencia), Granada: Comares, 1992, p. 111 y Fernández Ruiz, Análisis comparativo del derecho de información de los accionistas y de los trabajadores en el ordenamiento español y comunitario. En A.A:V.V, Derecho Mercantil de la Comunidad Económica europea, en homenaje a Girón Tena, Madrid: Civitas, 1991, p. 394.

<sup>7</sup> V. Aguilera Ramos, Clases y series de acciones: Las acciones privilegiadas. Derecho de Sociedades anónimas: [en homenaje al profesor José Girón Tena] / Alonso Ureba, A (Coord). Vol. 2, Tomo 1 (pp. 149-174). España: Facultad de Derecho. 1994

o a los administradores para denegar la información solicitada por el socio. Más allá de lo señalado, nada impide que los estatutos regulen cuestiones de procedimiento que afecten el ejercicio del derecho, como las relativas al momento que se puede entregar la información o al cauce utilizado para la comunicación a los socios<sup>8</sup>.

### **El ejercicio del derecho de información**

El ejercicio del derecho de información y el voto del accionista.

La información suministrada por el consejo de administración adquiere relevancia jurídica, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 203 y 205.5 CC de Nicaragua, previo a los acuerdos adoptados en la junta general. Dicha información posibilita que los socios se preparen con anticipación para ejercer el derecho de voto. Asimismo, aunque no lo expresen las normas citadas, tanto el derecho de información como el derecho de voto de accionistas se consideran independientes.

Para Recalde Castells, Sánchez Calero y Sánchez-Calero Guilarte, Perú Mayandía, Esteban Velasco, Sandoval López, Díaz Echegaray, Zubiaurre Gurrutxaga, Menéndez y Beltrán, Uría, Menéndez y Muñoz-Planas y Uría la calificación de accesorio o instrumental del derecho de información lleva el riesgo de valorarlo como residual. Esta afirmación debe ser rechazada, principalmente en la conexión entre el derecho de información y la celebración de junta general de accionistas<sup>9</sup>. Asimismo, Uría, Menéndez y Olivencia,

<sup>8</sup> Millán Garrido, *Las sociedades mercantiles*. En Jiménez Sánchez (Coord), *Nociones del Derecho Mercantil*, Madrid: novena edición, Marcial Pons, 2015, p. 48; Recalde Castells, 2015b, *Op. Cit.*, p. 97; Cabanas Trejo, *Cambios en el régimen de la junta general de las sociedades de capital en la reforma del gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, de 3 de diciembre. Diario La Ley No. 8442, Sección Doctrinal, 16 de Diciembre de 2014, año XXXV, Madrid: Editorial La Ley, 2014, p. 7; Cruz Rivero, *La junta general de las sociedades de capital no cotizada. Modificaciones introductorias por la ley de sociedades de capital y sus reformas posteriores*. En Rodríguez Artigas, Fernández de la Gándara, Quijano González, Alonso Ureba, Velasco San Pedro, Esteban Velasco (Dir). *Revista de Derecho de Sociedades*, No. 39, Pamplona: Aranzadi, 2012, p. 90; De Borja Villena Cortés, 2008, p. 350, García-Cruces González, 2011, pp. 1372 al 1373 y Sánchez-Calero Guilarte, *La información del socio ante la junta general*. *Revista de Derecho de Sociedades*, No. 8, 1997, p. 16.

<sup>9</sup> Recalde Castells, *Artículo 190. Conflicto de intereses. Comentario a de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*. En Juste Mencía, (Coord). *Sociedades no cotizadas*, 2015a, pp. 91-111; Sánchez Calero y Sánchez-Calero Guilarte, *Instituciones de Derecho Mercantil*, 36 ediciones. Navarra: Aranzadi, 2013, p. 438; Perú Mayandía, *El derecho de Información de los accionistas y el artículo 52-A de la ley general de sociedades sobre información fuera de junta*, Perú: Themis, 2012, pp. 277-287; Esteban Velasco, *La modernización del Derecho de Sociedades de capital en España. Cuestiones pendiente de refroma*. En Alonso Ledesma, Alonso Ureba, Esteban Velasco (Dir), 2011, pp. 65-102; Sandoval López, *Op. Cit.*, 2010, p. 128; Díaz Echegaray, *Los derechos mínimos del socio*. Barcelona: Ediciones experiencia, 2005, pp. 185-248; Zubiaurre Gurrutxaga, *El Derecho de información del socio en la S.A y en la S. R. L (arts. 112 LSA y 51 LSRL)*. *Revista de Dirección y administración de*

Romero Fernández y Uría comentan que el derecho de información no debe considerarse como complementario al derecho de voto, porque se solicita aún en aquellos casos que no requiera emitir un voto<sup>10</sup>. El accionista es libre de disponer de este derecho o ausentarse de la junta. Asimismo, encuentran que goza de autonomía e independencia, porque se mantiene en aquellos accionistas que no pueden ejercer el derecho al voto, pero se reconoce la capacidad para concurrir a la junta, formular preguntas y solicitar información. El derecho de información puede solicitarse antes de la junta, sin necesidad de asistir a ella y sin hacer uso del derecho de voto. De acuerdo a Zubiaurre Gurrutxaga, así es reconocido en varias SSTs de España: 3-5-1956, 29-3-1960, 28-4-1960, 15-2-1961, 24-6-1961, 1-6-1965, 3-5-1977 y 7-10-1985; así como en resoluciones de DGRN de España: 19-8-1993 y 3-4-1997<sup>11</sup>.

Consideramos que el carácter esencial del derecho de información frente al voto, según lo dispuesto en los artículos 203 y 205.5 CC de Nicaragua se materializa en la junta general de accionistas, a través de la expresión de voluntad social que se manifiesta en la mayoría. Si los socios no cuentan con la información en debida forma y tiempo, la voluntad social tendría vicios desde su origen. Por lo tanto, no debe observarse como un derecho secundario, sino principal. Este derecho se justifica por su propia autonomía e independencia frente al voto, no es complementario. A pesar de que este derecho y el voto están interrelacionados, se consideran independientes, ya que puede ejercitarse de forma separada desde momento en que expresa el voto en la junta general, pero también, es un medio para que el socio tome una decisión. Este derecho no puede escindirse ni transferirse, aunque lo puede ejercer el representante debidamente facultado. Es principal y no accesorio, de acuerdo a lo manifestado por la doctrina, por constituir un requisito previo para el ejercicio del derecho al voto, y desde el punto de vista de relación entre ambos, su conexión es inevitable. Por otra parte, la titularidad de una acción confiere la condición de socio (artículo 124.7 CC de Nicaragua), lo que implica un conjunto de derechos y obligaciones que regulan su actuación frente a la sociedad, los demás socios y terceros. Es necesario distinguir la posición del socio como presupuesto de los derechos y obligaciones, y de otro lado los derechos que se derivan de ésta posición.

---

empresas. No. 9, 2001, p.171; Menéndez y Beltrán (1994, pp 7-44), Uría, Menéndez y Muñoz-Planas, Las acciones sin voto. Comentarios a las sociedades mercantiles. Dirigido por Uría-Menéndez-Olivencia, T. IV, Madrid: 1992, p. 90 y Uría, La información del accionista en el Derecho español. Cuadernos CIVITAS. Madrid: Revista crítica de Derecho inmobiliario. No. 520, 1976a, pp. 729-736.

<sup>10</sup> Uría, Menéndez y Olivencia, Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles, 2da edición, Madrid: Civitas: 2002, p. 105; Romero Fernández, *Op. Cit.*, 1998, pp. 77-78) y Uría, *Op. Cit.*, 1976a, p. 719.

<sup>11</sup> Zubiaurre Gurrutxaga, *Op. Cit.*, 2001, p. 147.

1. El ejercicio del derecho de información por el representante del accionista y en los casos de copropiedad, prenda, usufructo y acciones sin voto

La representación del accionista a través de un representante con poder especial otorgado conforme el artículo 3297 Código Civil de Nicaragua<sup>12</sup> podrá incluir la facultad de solicitar la información que sea necesaria para ejercer el derecho de voto. Asimismo, si se estima conveniente se incluirá en los estatutos que cuando se otorgue el derecho de voto a los representantes, esto incluye el derecho de pedir información. Lo mismo será aplicable en el caso del representante de los copropietarios, pero no en caso de prenda y usufructo, que tienen una naturaleza distinta por ser pactada entre las partes interesadas y sometida a reglas particulares.

De acuerdo con Recalde Castells, Valenzuela Garach y Valenzuela Garach, Navarro Matamoros, De Borja Villena Cortés, Zubiaurre Gurrutxaga, Sánchez-Calero Guilarte, Uría, Menéndez y Muñoz Planas el derecho de información previo a la celebración de la junta general puede ser ejercitado, tanto por el accionista como por su representante. La solicitud del representante tendrá la cobertura de su apoderamiento escrito a tal efecto, independientemente que éste ostente la condición de accionista. En la copropiedad, la facultad de requerir la información recae sobre la persona designada a tales efectos por los copropietarios<sup>13</sup>. Tanto en la prenda como en el de usufructo, salvo previsión en contra de los estatutos, los socios continuarán en el ejercicio de sus derechos políticos y podrán solicitar la información. Asimismo, el derecho de información le corresponde al accionista cualquiera que sea la clase de acciones de las que fuese titular, incluyendo a los titulares de acciones sin voto o los que están en mora<sup>14</sup>. También, puede solicitarlo el accionista que no asiste por no alcanzar el número de acciones o la porción del capital social que fijan los estatutos, sin necesidad de agruparse con otros accionistas<sup>15</sup>. Sobre el embargo, Retortillo Atienza afirma que el derecho de información no queda afectado con el derecho de voto, pero las medidas de garantía que le acompañan pueden aconsejar lo contrario<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> V. Código Civil de la República de Nicaragua Publicado en la Gaceta Diario Oficial No. 2148 de 5 de febrero de 1904. Nicaragua.

<sup>13</sup> Recalde Castells, *Op. Cit.*, 2015b, p. 99; Valenzuela Garach y Valenzuela Garach, Derecho de información del socio. En Pedinado Gracia y Cremades García (Dir). El accionista minoritario en la sociedad cotizada, Madrid: 2012, pp. 173-184; Navarro Matamoros, propuesta de flexibilización del Derecho Societario español ante los nuevos retos de la Unión Europea. Revista Digital, 2010, pp. 1-10; De Borja Villena Cortés, *Op. Cit.*, 2008, pp. 355-362; Zubiaurre Gurrutxaga, *Op. Cit.*, 2001, p. 152; Sánchez-Calero Guilarte, *Op. Cit.*, 1997, p. 28), Uría, Menéndez y Muñoz Planas, *Op. Cit.*, 1992, p. 93.

<sup>14</sup> V. Porfirio Carpio, Las acciones sin voto en la sociedad anónima. Madrid: La Ley, 1991, pp.10-20.

<sup>15</sup> V. Recalde Castells, *Op. Cit.*, 2015b, p. 100.

<sup>16</sup> Retortillo Atienza, El embargo de acciones de la sociedad anónima-Revista de Derecho de Sociedades. No. 36. Pamplona: Aranzadi, 2011, pp. 254 y 255.

Podemos concluir que en la copropiedad partimos del principio de indivisibilidad de la acción (artículo 231 CC de Nicaragua), pues entre ellos han de designar una persona que ejerza frente a la sociedad los derechos políticos y económicos. La designación del representante para el cargo no es excusable vía estatutaria, ya que la representación pertenece a una regulación de orden imperativo cuya validez se rige por las normas de derecho civil, aplicables a la comunidad de bienes, y a los actos de ejercicio de derecho de socio frente a la sociedad, en especial la información. En el usufructo, el ejercicio de este derecho pertenece al nudo propietario de las acciones, quien es el que goza de la condición de socio. En el caso de la prenda (artículo 508 CC) y embargo de acciones corresponden al propietario, salvo pacto en contrario.

### *2.3. El ejercicio del derecho de información de cara a las deliberaciones*

El derecho de información se caracteriza por ser esencial para el ejercicio del derecho al voto y particularmente para que los accionistas puedan ejercer el derecho de voz y debatir los puntos del orden del día. En cuanto al momento de ejercerlo puede ser antes de la junta o en la propia junta, momentos que se consideran determinantes, pero este derecho es permanente con relación al ejercicio de la actividad social. Los artículos 203, 205, y 210 CC de Nicaragua reconocen el derecho de información en relación con los fondos sociales o en los que se regula el derecho de conocer el proyecto de modificación del contrato social cuando se procede a aumento de capital o a la reducción del mismo.

Mientras esté desarrollándose el orden del día de la junta, el accionista puede solicitar verbalmente la correspondiente información respecto a unos de los puntos del orden del día, este derecho se materializa en el seno de la junta general de accionistas y corresponde a los administradores proporcionar dicha información, salvo cuando dicha publicidad pudiera perjudicar los intereses sociales<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> V. BROSETA PONT Y MARTÍNEZ SANZ, Manual de Derecho Mercantil, 18 edición. V. I, Madrid: Tecnos, 2011, p. 419; Aguilar Torres, El voto electrónico societario ante la transposición de la Directiva. 2007/36/CE. Derecho de los Negocios, Nº 245, Sección Artículos, Febrero 2011, (pp. 5-32). España: Editorial La Ley 1694/2011, pp. 5-32; Fernández de la Gándara, Derecho de Sociedades, T. II, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 632; Muñoz Cuesta, Negar o impedir el derecho a informar a socios. La no convocatoria de la junta de accionistas motivada por la aplicación del art. 293 CP. Revista Aranzadi, No. 3/2010, p. 10; Sánchez-Calero Guilarte, *Op. Cit.*, 1997, pp. 119-144; Uría, Menéndez, Muñoz Planas, *Op. Cit.*, 1992, p. 115-11 y Otero Lastres, Notas sobre la junta general de accionistas de la sociedad anónima, 1991, p. 39.

## 1. Plazo y forma para rendir la información

### 1.1. Plazo para rendir el informe

Los artículos 203, 205.5 y 210 CC de Nicaragua no regulan el plazo para la entrega de la información, aunque ésta debe suministrarse junto a la convocatoria. Iniciada la junta los accionistas podrán ejercer este derecho en el desarrollo de la sesión y si los administradores no entregan lo solicitado, entonces lo deberán hacer en un tiempo prudencial, después de celebrada la junta. En tal caso, deberá pactarse en los estatutos, tanto el plazo como las situaciones concretas para rendir información posterior a la junta<sup>18</sup>.

Recalde Castells, Fernández de la Gándara, De Borja Villena Cortés y Otero Lastres comentan que los accionistas podrán requerir de la información de forma verbal y tienen derecho a realizarlo en el seno de la junta general, de no ser posible su facilitación podrán hacerlo en un término posterior<sup>19</sup>. En ese sentido, en el artículo 197.2 de la LSC se señala un término de siete días para suministrarlo<sup>20</sup>. Por otra parte, Sánchez Calero y Sánchez-Calero Guilarte (2013, p. 438) son de la opinión que la previsión contenida en la redacción de los artículos 182 y 197.2 LSC de España, respecto a la obligación de informar por escrito lo que no se haya podido dar en la junta, siendo posible en los siete días siguientes de la terminación de aquélla, puede ser positivo a primera vista, pero esta solución no deja de ser insatisfactoria porque emplea una fórmula excesivamente amplia que sirve de base para liberar a los administradores de dar información en la junta de las cuestiones sobre las que se pregunta y porque esa posibilidad los libera de contestar alguna pregunta relevante ante todos los accionistas, desnaturalizando la función de información para conformar la voluntad de los accionistas a la hora de votar; además la respuesta posterior a la junta es conocida solamente por el accionista que formuló la pregunta<sup>21</sup>.

Pensamos que la información suministrada posteriormente tiene validez cuando la información solicitada se relaciona con los puntos del orden del

<sup>18</sup> El artículo 2161-11 del Anteproyecto del Código de Comercio de Nicaragua, prevé que la información se suministrará con treinta días de anticipación a la asamblea. Nos parece que sea un plazo razonable que guarda concordancia con regulado en el plazo de la primera convocatoria que propone el Anteproyecto.

<sup>19</sup> Recalde Castells, *Op. Cit.*, 2015b, p. 97; Fernández de la Gándara, *Op. Cit.*, 2010, p. 412; De Borja Villena Cortés, *Op. Cit.*, 2008, p.368) y Otero Lastres, *Op. Cit.*, 1991, p. 23.

<sup>20</sup> V. Ferrando Villalba, Archivo commenda de supuestos de Derecho Societarios. En Embid Irujo (dir). Granada: Comares, 2015, p. 37 y García-Cruces González, *Op. Cit.*, 2011, p. 1374). El artículo 197 redactado por el apartado cuatro del artículo único de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

<sup>21</sup> Sánchez Calero y Sánchez-Calero Guilarte, *Op.cit.*, 2013, p. 438.



día para aclarar temas vinculantes y responden al interés social. Cuando la información se proporcione posteriormente, ésta deberá ser entregada a todos los socios independientemente que haya sido solicitada de manera individual a quienes solicitaron dicha información, cumpliendo así el principio de igualdad de socio reconocido en el artículo 254 CC de Nicaragua y considerando que dicha información suministrada no sea contraria al interés social como principio configurador de la sociedad. En el Derecho nicaragüense, si bien no se regula el plazo previo ni el posterior, creemos que éste podrá pactarse en el contrato social y estatutos, tomando en cuenta lo dispuesto actualmente en el plazo de primera y segunda convocatoria del artículo 253 CC.

### 1.2. Forma en que se ha de rendir el informe

Los artículos 203 y 205 CC de Nicaragua regulan sobre la forma de cómo se rinde la información. Sin embargo encontramos que el artículo 210 CC, como excepción a la regla señala que cuando se trata de modificación del contrato social, se dará a conocer el proyecto en su parte sustancial. Por otra parte, el artículo 257 CC, respecto al balance, expresa que será preparada con anticipación y el artículo 258 CC, indica que una vez aprobado el balance en la junta será informado a los accionistas. Dichas disposiciones no dejan claro el procedimiento para cumplir este derecho legal; por lo tanto, si no se pacta en el contrato social y estatutos, quedará al manejo discrecional de la junta directiva, pero sin que ello signifique una prohibición absoluta de conocer la información. Por lo tanto se admite que se realice en forma escrita o verbal.

Si la petición de la información fuese formulada por el socio durante la sesión, entonces ésta se dará de la misma manera en que plantea, es decir, verbal. Pero si la información a suministrar fuere solicitada por escrito con anterioridad a la celebración de la junta, la respuesta se dará de la misma forma, es decir, por escrito. El derecho de información que tienen los socios durante la junta se configura como un derecho de formular preguntas, que habrá de recibir la oportuna respuesta de forma verbal o escrita, según el caso. Los administradores darán la respuesta en la propia junta o con la entrega anticipada de la información. Cuando el orden del día tiene como uno de los puntos la aprobación de las cuentas anuales, el derecho de información se refuerza con una información documental, en el sentido de poder solicitar una copia de las cuentas anuales, tales como balance, cuentas de pérdidas

y ganancias estado de cambios en el patrimonio neto, estado de flujo de efectivo y memoria e informe de auditoría y gestión. Los administradores entregarán toda esa información en el tiempo oportuno<sup>22</sup>. Afirma Pulido Begines que cuando el socio ejerce el derecho de información por escrito, antes de la celebración de la junta, el mejor medio de petición de información es a través de requerimiento notarial<sup>23</sup>. Este medio le servirá al solicitante para acreditar la petición formulada y poder impugnar, cuando sea el caso y el acuerdo adoptado haya vulnerado el derecho de información de los socios<sup>24</sup>. El plazo para informar se inicia a partir de la convocatoria y termina antes de la reunión<sup>25</sup>. Por lo tanto, si la solicitud se hace por escrito, entonces la información se ha de exponer de la misma forma antes de la junta, aunque Sánchez-Calero Guilarte es de la opinión que la propia actuación diligente o no del socio influye en la forma en que la administración deba informar: si la solicitud se hace poco tiempo antes de la celebración de la junta y no hubiere tiempo para contestarla por escrito, se puede realizar en forma verbal<sup>26</sup>. Si la información se pide de palabra en la propia sesión, y debido a su complejidad de los argumentos la repuesta deba darse de forma escrita, será posible que la junta informe posteriormente<sup>27</sup>.

En Nicaragua la obligación de suministrar la información verbal o escrita se fundamenta en el artículo 245 CC en el que se señala el deber de los administradores de cumplir con el mandato legal que le fue otorgado en el contrato social y estatutos, que a la vez se complementa en los artículos 203, 205.5 y 210 CC. Asimismo, corresponde suministrar la información junto con la convocatoria o ponerla a disposición de los socios en el domicilio social, excepto cuando la sociedad cuente con una página web y los accionistas accedan a ella con un usuario y una contraseña, situación que deberá ser regulada con claridad en los estatutos. También, deberán informar en el

<sup>22</sup> V. Recalde Castells, *Op. Cit.*, 2015b, p. 97; García-Cruces González, El estatuto de las acciones propias. En Rojo y Beltrán. Comentarios de la ley de sociedades de capital, T. I, 2011, p. 1374 y Romero Fernández, *Op. Cit.*, 2000, p. 63.

<sup>23</sup> Pulido Begines, El derecho de información del socio en la sociedad de responsabilidad limitada: art. 51 y 86 LSRL, Madrid: Civitas, 1997, p. 23.

<sup>24</sup> Dicho planteamiento ha de ser entendido, hoy día, en el Derecho español sin perjuicio de lo expuesto en el artículo 197 redactado por el apartado cuatro del artículo único de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo. El artículo 197.2 y 5 referido a la acción de cumplimiento de la obligación y responder a los daños y perjuicios, pero no cabe la acción de impugnación.

<sup>25</sup> V. Martínez Martínez, El derecho a la información del accionista en la sociedad anónima, Madrid: Editorial McGraw-Hill, 1999, p. 122

<sup>26</sup> Sánchez-Calero Guilarte, *Op. Cit.*, 1997, p. 39.

<sup>27</sup> V. Zubiaurre Gurrutxaga, *Op. Cit.*, 2001, p. 153

desarrollo de la junta cuantas preguntas sean necesarias para lograr aclarar las dudas habidas por los socios respecto al orden del día.

Si la solicitud de informe se hace en la junta<sup>28</sup>, el trámite debe ser ágil y completado si fuera posible dentro de la sesión, resultando beneficiado de ello también el resto de socios, que pueden tener interés directo en la cuestión que se plantea. A partir de la solicitud otros socios pueden verse animados a solicitar información adicional o a exigir que se les faciliten las informaciones que se denegaron a un solicitante anterior. En ese sentido, puede suceder que si esa posterior solicitud, parte de un socio o un grupo de socios que cuenta con un porcentaje de capital social admitido por la ley<sup>29</sup>, el ejercicio por cualquiera de ellos, del derecho de información en la junta general impulsa la tarea de control de la administración que a la misma le corresponde<sup>30</sup>.

## 1. El deber de información

### 1.1. Deber de informar

Corresponde al órgano de administración informar de la gestión social realizada, según lo ordena el artículo 245 CC de Nicaragua al señalar claramente que los administradores responderán frente a la sociedad por la violación a los estatutos y preceptos legales. Este deber está íntimamente relacionado con el interés social que es el límite de su competencia frente al ejercicio individual de cada socio<sup>31</sup>.

A juzgar por Iglesias Prada y García de Enterría, Recalde Castells, Ferrando Villalba, Peñas Moyano, Echaiz Moreno, Echaiz Moreno, y Sánchez-Calero-Guilarte el deber de informar es una obligación del órgano de administración, así como de sus liquidadores. Igual ocurre en el supuesto de la junta universal, que carece de convocatoria formal, pero en el que indudablemente también existe una obligación informativa cuyo titular es la sociedad, que atiende a través del órgano de administración<sup>32</sup>. Por su parte, Baena Baena previene

<sup>28</sup> V. García-Cruces, *Op. Cit.*, 2011, pp. 1372 al 1373).

<sup>29</sup> V. Martínez-Gijón Machuca, Límites al derecho de información del accionista, *Economic & Juris*, 2014, pp. 12-17).

<sup>30</sup> V. Sánchez-Calero Guilarte, *Op. Cit.*, 1997, p. 32

<sup>31</sup> El artículo 2161-11 del Anteproyecto del Código de Comercio de Nicaragua prevé que la administración deberá informar a los socios poniendo a disposición de ellos los documentos en la sede social o virtual, según sea el caso.

<sup>32</sup> Iglesias Prada y García Enterría, Los órganos sociales de las sociedades de capital. En Menéndez y Rojo (Dir). *Lecciones de Derecho Mercantil. Tratados y manuales*. V. 1.13 edición, Thomson Reuters, 2015, p. 478; Recalde Castells, *Op. Cit.*, 2015b, p. 101; Ferrando Villalba, *Introducción al Derecho de Sociedades de capital*. En Embid Irujo (Dir), *Estudio de la ley de sociedades de capital y legislación complementaria*, Madrid: 2013, p. 211; Peñas Moyano, *Derecho de información*. En Rodríguez Artigas (Dir). *Revista de*

que el nuevo artículo 197.2 LSC<sup>33</sup>, tras facultar al accionista para exigir el cumplimiento de la obligación de informar admite la posibilidad de pedir los daños y perjuicios que se le hayan podido causar a los accionistas, los cuales no tendrán acción de impugnación de la junta general conforme dispone el artículo 197.5 LSC de España<sup>34</sup>.

El órgano de administración podrá autorizar a otras personas (auditores, contables, directivos) que debido a su función están relacionados con el tema de que se trate; sin embargo, la información que se solicita debe estar sujeta a control, por cuanto, no se sabe la utilización que se hará de la información, lo que quiere decir que la obligación de los administradores tiene un límite: el interés social<sup>35</sup>. El derecho de información, no puede servir para obstruir o paralizar la actividad social sobreponiendo los intereses particulares de los socios. En consecuencia, el interés social debe primar frente al interés particular de algún socio<sup>36</sup>.

Concluimos que el derecho de información es un derecho necesario, consustancial e irrenunciable del socio, por ello, si no se facilita por los administradores, entonces se produce un quebrantamiento de una norma imperativa y los acuerdos que se adopten serán impugnables según lo señalado en el artículo 261 CC de Nicaragua que advierte como impugnables las deliberaciones tomadas en oposición de las disposiciones y estatutos. Los tribunales tienen el deber de valorar si la información requerida puede perjudicar los intereses sociales<sup>37</sup>, pudiendo declarar la nulidad de los acuerdos. El presidente de la junta o los administradores podrán ser responsables de los daños y perjuicios que se produzcan por sus conductas, en atención a la decisión de no informar (artículo 245 CC y 1860 C de Nicaragua).

Recalde Castells, Cruz Rivero, García-Cruces González, Fernández de la Gándara, Zubiaurre Gurrutxaga y Sánchez-Calero Guilarte enfatizan que nos

---

Derecho de Sociedades, V. I, Navarra: Aranzadi, 2010, p. 687-703; Echaiz Moreno, estudio de Derecho societario. Lo errado, lo inconcluso y lo imprevisto en la ley general de sociedades. Lima: estudio Jurídico Empresarial, 2005a, pp. 1-10; Echaiz Moreno, Propuesta para una reforma de la legislación societaria. Perú: 2005b, pp. 191-224 y Sánchez-Calero-Guilarte, *Op. Cit.* 1997, p. 49.

<sup>33</sup> Baena Baena, La legitimación activa y pasiva para la impugnación de acuerdos sociales (arts. 206,2,3,251.1 y 245, b.b LSC. En Rodríguez Artigas, Fernández de la Gándara, Quijano González, Alonso Ureba, Velasco San Pedro, Esteban Velasco, Roncero Sánchez (Coord), Junta general y consejo de administración en la sociedad cotizada. Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 539.

<sup>34</sup> Artículo 197 redactado por el apartado cuatro del artículo único de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

<sup>35</sup> V. Pulido Begines, *Op. Cit.* 1997, p. 24

<sup>36</sup> V. Zubiaurre Gurrutxaga, *Op. Cit.* 2001, p. 47; Martínez Martínez, *Op.Cit.* 1999, p. 123.

<sup>37</sup> V. Díaz Echegaray, 2005, pp. 185-245; Romero Fernández, 1998, p. 296-297; Esteban Velasco, 1994, pp. 227-228; Uria, Menéndez y Muñoz Plana, 1992, pp. 164; Uria, 1976b, pp. 657- 761 y Rubio, 1974, p. 361).

encontramos ante otras situaciones de negación de la información solicitada, siendo el interés social el límite hacia el interés informativo del socio, si bien los administradores pueden rechazar la solicitud del socio o el presidente como atribución especial<sup>38</sup>, no cabe esgrimir, el deber de secreto, que resulte ajeno al interés social, cuando esa petición enlace con los asuntos incluidos en el orden del día de la junta<sup>39</sup>. Las causas de denegación ya no son únicamente el perjuicio al interés social, entre las cuales se encuentran: a) la información es innecesaria para la tutela de los derechos de los socios; b) que hay razones objetivas para considerar que podría utilizarse para fines extrasocietarios; y c) que la publicidad perjudique a la sociedad o a las sociedades vinculadas. Al margen de lo anterior, los administradores también podrán rechazar la solicitud de información si no se cumple con los requisitos procedimentales. Dicha decisión debe estar motivada, lo que puede ser revisado judicialmente.

De acuerdo con lo anterior, los administradores pueden negar la información pero atendiendo el interés social, como límite al ejercicio individual del accionista. Asimismo, pueden hacerlo, considerando el deber de confidencialidad en los casos que no sea pertinente. Frente a la posición anterior, siempre tendrán derecho de impugnar el acuerdo y alegar la nulidad de lo actuado en la junta, ya sea en su totalidad o de forma parcial (artículo 261 CC de Nicaragua).

Los asuntos que comprenden el orden del día se refieren a los informes y aclaraciones que se consideren precisos, solicitando todo tipo de explicaciones. No puede el socio solicitar información sobre cuestiones no comprendidas en el orden del día, pues, en tal caso, la solicitud puede ser rechazada<sup>40</sup>.

Con sano criterio podemos decir que la solicitud de información, según el orden del día, es pertinente cuando se trate sobre asuntos relacionados con algunos de los puntos, excepto en aquellos casos en el que el tema a solicitar no guarde ninguna relación directa. Por otra parte, pueden incluirse dentro

<sup>38</sup> V. Alonso Ledesma, Algunas consideraciones sobre el juego de la cláusula del interés social en la supresión o limitación del derecho de suscripción preferente. En Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea, estudios en homenaje a José Girón Tena, Madrid: Civitas, 1991. P. 33; Alfaro Ágila-Real, Interés social y derecho de suscripción preferente. Una aproximación económica. Madrid: Civitas, 1995, pp. 18-23; Romero Fernández, *Op. Cit.*, 1998, p. 304; Fernández Rodríguez, De la arbitrariedad de la administración, 2da edición, Madrid: Civitas, 2002, p. 83 y Polo Díez, El derecho del accionista a la información, Barcelona: 1962, p. 10).

<sup>39</sup> V. Recalde Castells, *Op. Cit.*, 2015b, p. 101; Cruz Rivero, *Op. Cit.*, 2012 pp. 90-91; García-Cruces González, *Op. Cit.*, 2011, pp. 1376-1380; Fernández de la Gándara, *Op. Cit.*, 2010, p. 407; Zubiaurre Gurrutxaga, *Op. Cit.*, 2001, p. 49 y Sánchez-Calero Guilarte, *Op. Cit.*, 1997, pp. 1-37.

<sup>40</sup> V. Zubiaurre Gurrutxaga, *Op. Cit.*, 2001, p. 47; Sánchez-Calero Guilarte, *Op. Cit.*, 1997, p. 97; Uría Menéndez, Muñoz Plana, *Op. Cit.* 1992, p. 254; Vicent Chuliá, *Op. Cit.*, 1991, p. 607 y Suárez-Llanos Gómez, Derecho de información de accionista. Nulidad de junta general, 1963, p. 351.

de los puntos de agenda que no fueron señalados en la convocatoria, siempre y cuando, los socios hayan aceptado tal circunstancia y deban brindar información al respecto. Cuando la solicitud sea rechazada por no estar vinculada al orden del día, entonces el socio puede reservarse el derecho de solicitar información y el administrador podrá ofrecérsela posteriormente, siempre que dicha información, no atente contra el interés social.

En ese sentido, la convocatoria debe redactarse en forma clara y completa, no se puede hacer referencia de forma genérica, la falta de claridad y precisión del orden del día determina la causa de impugnación de los acuerdos e incluso de la propia la junta. Por otro lado, se puede introducir como último punto del orden del día el de ruegos y preguntas, ampliándose el derecho de información a todo tipo de cuestiones que no aparecen en el orden del día, pero tienen relación o conexión con la sociedad. En la práctica societaria se suele poner este punto, pero no puede interpretarse en sentido amplio, por cuanto supone una excesiva duración de las juntas. Afirma Zubiaurre Gurrutxaga (2001, p. 50), que a su juicio, este punto sobre ruegos y preguntas, presume simplemente el derecho de los socios de hacer preguntas, como expresión del derecho de voz, sin que la administración, tenga la obligación de informar sobre otros aspectos no incluidos en el orden del día<sup>41</sup>.

Cuando estemos ante una violación del derecho de información anterior a la constitución de la junta general, como puede ser que el administrador no respondió a la solicitud previa, la jurisprudencia española ha exigido que esa circunstancia se haga constar por los socios interesados al inicio de la reunión de la junta o cuando tal solicitud se haga en el transcurso de la junta, y no se haya atendido la solicitud. En consecuencia, no cabe otra conclusión, que la de nulidad radical del acuerdo en cuestión<sup>42</sup>.

Se puede decir que el no suministro de información o en el caso de que la información suministrada no fuere la idónea, en general, es causa suficiente para proceder a la impugnación del acuerdo. En nuestro caso, se justifica de conformidad al artículo 261 del Código de Comercio de Nicaragua que establece que cualquier socio puede impugnar, ya sea que haya estado presente o ausente.

De acuerdo con Sánchez Calero y Sánchez-Calero Guilarte y Martínez-Buján Pérez resulta relevante respecto al deber de información lo regulado en

<sup>41</sup> Zubiaurre Gurrutxaga, *Op. Cit.*, 2001, p. 50.

<sup>42</sup> V. Sánchez Calero y Sánchez-Calero Guilarte, *Op. Cit.*, 2013, p. 438; Sánchez-Calero Guilarte, *Op. Cit.* 1997, p. 50.

el artículo 293 del Código Penal Español que incluyó entre los nuevos delitos societarios la negación o el impedimento al socio del ejercicio de los derechos de información, sancionado con penas de multa de seis a doce meses<sup>43</sup>. Este precepto es aplicable a todas las formas societarias (artículo 297 CP<sup>44</sup>).

En Nicaragua el Código Penal<sup>45</sup> no tiene una norma parecida a la citada legislación española. Pero en el artículo 278 dispone la norma que si el directivo, gerente, vigilante, representante legal, administrador de hecho o derecho, alteran cuentas o información financiera con el objeto de presentar una situación distorsionada de forma idónea para causar perjuicio económico de la entidad, a alguno de los socios o terceros, entonces comete delito de gestión abusiva. Se puede partir de dichos elementos para proceder en contra del administrador, pero solamente en este caso, no con relación al impedimento de presentar la información a los socios. De lo anterior se considera que si la negación del derecho de información no aparece regulada como delito, entonces cabe demandar los daños y perjuicios que le cause según el artículo 2509 del Código Civil de Nicaragua que expresamente dispone «*Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia o por un hecho malicioso causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios*».

## 1.2. Discrecionalidad de los administradores para informar

Los artículos 203 y 205 CC de Nicaragua no regulan sobre la eventual discrecionalidad que tienen los administradores de suministrar la información cuando lo pida un accionista independientemente del porcentaje que representa en el capital social<sup>46</sup>.

Por su parte, Martínez-Guijón Machuca, De Borja Villena Cortés y Sánchez-Calero Guilarte comentando el artículo 197 de la LSC de España<sup>47</sup>, expresan que el derecho de información que posee el accionista tiene un límite y es el interés social derivado de la publicidad de los datos solicitados. Corresponde a los administradores decidir si la información perjudica el interés social,

<sup>43</sup> Sánchez Calero y Sánchez-Calero Guilarte, *Op. Cit.*, 2013, p. 438 y Martínez-Buján Pérez, El delito societario de administración desleal, Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, p. 254)

<sup>44</sup> V. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Vigente hasta el 01 de Julio de 2015. Publicado en BOE núm. 281 de 24 de Noviembre de 1995.

<sup>45</sup> V. Ley No. 641. Código Penal de Nicaragua. Publicado en la Gaceta Diario Oficial, el lunes 5 de mayo de 2008. Nicaragua.

<sup>46</sup> El artículo 2161-11 del Anteproyecto del Código de Comercio prevé que los administradores estarán obligados a informar cuando lo solicite el veinte por ciento por lo menos de las acciones con derecho al voto.

<sup>47</sup> Martínez-Guilón Machuca, Límites al derecho de información del accionista, 2014, pp. 12-21; De Borja Villena Cortés, *Op. Cit.*, 2008, p. 374 y Sánchez-Calero Guilarte; *Op. Cit.*, 1997, p. 45.

esa discrecionalidad desaparece si solicitud la formula la cuarta parte del capital social, en ese caso, siempre deben de suministrar la información referida (artículo 197, numeral 4 LSC<sup>48</sup>). Sin embargo, Otero Lastres y Alonso Ledesma son de la opinión que si la cuarta parte está actuando de manera abusiva, entonces el presidente de la junta podrá negar dicha información<sup>49</sup>. Asimismo, el artículo 197 numeral 6) de la LSC incorpora un nuevo elemento determinante en este tipo de conducta al señalar que si la utilización de la información es abusiva o perjudicial, entonces el socio será responsable de los daños y perjuicios causados<sup>50</sup>. En ese caso, la minoría podrá acudir a los tribunales para que determinen si existe o no obligatoriedad de proporcionar lo solicitado. Por otro lado, la negación de este derecho por parte de los administradores implica la nulidad del acuerdo en la parte que se produjo, pero no de otros aspectos en donde no se ha infringido. Dicha nulidad no es de oficio, sino de una previa tramitación judicial. Por otra parte, el artículo 195.5 LSC de España, dispone que cuando la información que se niega es conforme de aquella que se solicita durante la sesión (artículo 197.2 LSC de España), entonces no se podrá impugnar, pero los accionistas pueden exigir el cumplimiento de la obligación de información y los daños y perjuicios que le pudieren causar<sup>51</sup>.

Dicho lo anterior, nos encontramos ante un principio configurador de la sociedad anónima que debe ser considerado con mayor importancia por los miembros de todos los órganos sociales, en especial por el órgano de administración de la sociedad, a quienes les compete suministrar la información o denegarla, cuando dicha información pone en peligro la sociedad (artículo 245 CC de Nicaragua). La vulnerabilidad del derecho de información faculta a los accionistas para pedir la impugnación de los acuerdos o exigir el cumplimiento de la obligación de la información y los daños y perjuicios causados (artículo 1860 C de Nicaragua). Observamos que el artículo 261 CC de Nicaragua permite que el accionista pueda demandar la impugnación de los acuerdos por violación a las disposiciones legales y los estatutos de la sociedad, entre los que se encuentran los regulares del derecho de información del accionista.

---

<sup>48</sup> También es importante aclarar que el artículo citado (197, numeral 4 LSC de España, dispone que los estatutos podrán disponer un porcentaje menor, siempre que sea superior al 5% del capital social.

<sup>49</sup> Otero Lastres, *Op. Cit.*, 1991, p. 24 y Alonso Ledesma, *Op. Cit.*, 1991, pp. 31-64.

<sup>50</sup> V. Artículo 197 redactado por el apartado cuatro del artículo único de la Ley 31/2014 de España.

<sup>51</sup> Baena Baena, *Op. Cit.*, 2016, pp. 533-572.



## Conclusiones

Los artículos 203, 205, 210, 248 y 263 CC de Nicaragua contienen implícitamente el reconocimiento del derecho de información como tutela jurídica de los derechos de los accionistas. Es considerado como un derecho irrenunciable, permanente, inderogable e imperativo que abarca todos los asuntos de la sociedad, siendo la convocatoria y celebración de la junta los momentos oportunos para hacerlo realidad. En consecuencia no cabe disminuir su efectividad por medio de la escritura social y estatutos.

En los estatutos podrán pactarse estipulaciones que regulen el procedimiento para hacerlo efectivo, considerando los principios configuradores de la sociedad de capital como son el de interés social (artículo 201 CC), la buena fe y el de igualdad de los socios (artículo 254 CC). Este derecho no podrá convertirse en un derecho ilimitado, cualquier aportación estatutaria que pretenda alterar el ordenamiento jurídico y estatutario deberá ser rechazada, por cuanto se debe atender al interés social, frente a los propios intereses individuales.

Es admisible pactar el derecho cualificado de información como excepción a la configuración ilimitada de derecho de información, aplicando por analogía lo dispuesto en el artículo 251 CC de Nicaragua, referido a la vigésima parte del capital social que solicita la información al presidente de la junta, quien deberá responder obligatoriamente ante la petición, pero considerando si la solicitud es abusiva o contraria al interés social y que en ningún caso debe servir para obstruir o paralizar la sociedad.

El ejercicio del derecho de voto es consecuente con la información obtenida en la convocatoria o durante la sesión de junta, porque permiten a los socios prepararse con anticipación. La privación de este derecho es causal de impugnación de acuerdo a lo regulado en el artículo 261 CC de Nicaragua. Lo anterior no significa que este derecho sea no autónomo frente al voto, por lo que se puede ejercer independientemente si accionista participa o no en la junta general.

El derecho de información puede ser ejercitado por los administradores cuando éstos no tomaron parte del acuerdo para convocar o se encuentran ausentes del ejercicio de la función en calidad de administrador y requieran información como cualquier otro accionista, siempre con que con ello no contravenga los intereses sociales y su actuación no sea dolosa o culposa (Artículo 245 CC de Nicaragua).

Podrán ejercer el derecho de información los representantes de la sociedad con poder especial (3297 C de Nicaragua), cuando así lo contemplen los estatutos o el mismo poder otorgado al mandatario independientemente que ostente la condición de socio o no. En el caso de la copropiedad (artículo 231 CC de Nicaragua) el derecho recae en la persona designada a tales efectos. Para la prenda y el usufructo los socios continuarán en el ejercicio de sus derechos políticos y podrán solicitar a los administradores la oportuna información.

Puede solicitarse la información con anterioridad, señalando un plazo prudencial anterior a la junta. Nuestro sistema no regula plazo, por cuanto se puede pactar en los estatutos, sin descuidar lo preceptuado en el artículo 253 CC de Nicaragua sobre el término de la convocatoria que es de 15 días previo a la sesión.

La forma de solicitar información debe ser por escrito para que la respuesta del órgano de dirección sea de la misma manera. Si no se informa en el tiempo señalado el socio podrá ejercer el derecho de oposición en la junta y proceder a impugnar los acuerdos adoptados en ella por no cumplir con el derecho de información del accionista que los ejercita. En relación con la petición de la información en forma verbal durante la celebración de la junta general de accionistas, en el contexto nicaragüense su disciplina podrá pactarse en los estatutos para evitar situaciones de indefensión, aunque este derecho podrá ser ejercido sin problemas en plena sesión. En el caso de ser negado todo acuerdo que se adopte puede ser impugnado de acuerdo con el artículo 261 CC.

La información también puede ser solicitada en la propia junta, para ello deberá realizarlo de forma escrita o verbal y esperar por parte de la junta directiva que responda de la misma manera en que se requiera, salvo que dicha información se deniega por perjudicar los intereses sociales.

Cuando en los estatutos de la sociedad se admita la posibilidad de informar a los socios por medios telemáticos, aquellas deberán indicar el procedimiento habilitando y las funcionalidades necesarias que aseguren la interactividad.

La información solicitada debe ser de acuerdo a los puntos expuestos en el orden del día. El accionista no puede pedir información una cosa distinta a la señalada en el orden del día, excepto que dicha información sea complementaria y no altere el orden propuesto por la junta directiva.

El órgano de administración quien deberá suministrar la información solicitada, siendo necesario atender la petición, puesto que se trata para el de una obligación legal. Pero dicha información deberá estar sujeta a control, por cuanto, el derecho del socio siempre tendrá como límite el interés social.

## REFERENCIAS

### Bibliográficas

AUILAR TORRES, J, El voto electrónico societario ante la transposición de la Directiva. 2007/36/CE. Derecho de los Negocios, N° 245, Sección Artículos, Febrero 2011, (pp. 5-32). España: Editorial La Ley 1694/2011.

AGUILERA RAMOS, A. Clases y series de acciones: Las acciones privilegiadas. Derecho de sociedades anónimas: [en homenaje al profesor José Girón Tena] / Alonso Ureba, A (Coord). Vol. 2, Tomo 1 (pp. 149-174). España: Facultad de Derecho. 1994

ALFARO ÁGUILAR-REAL, J. *Interés social y derecho de suscripción preferente. Una aproximación económica*. Madrid: Civitas. 1995

ALONSO LEDESMA, C. Algunas consideraciones sobre el juego de la cláusula del interés social en la supresión o limitación del derecho de suscripción preferente. En Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea: estudios en homenaje a José Girón Tena. Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio. (pp. 31-64). Madrid: Civitas. 1991

BAENA BAENA, P. La legitimación activa y pasiva para la impugnación de acuerdos sociales (arts. 206., 2 y 3, 251.1 y 495, b.b) LSC. En Rodríguez Artigas, F, Fernández de la Gándara, L, Quijano González, J, Alonso Ureba, A, Velasco San pedro, L, Esteban Velasco, G (Dir), Antonio Roncero Sánchez (Coord). Junta General y Consejo de Administración en la Sociedad Cotizada (pp. 533 a 572). Thomson Reuters Aranzadi. 2016

BROSETA PONT, M. Y MARTÍNEZ SANZ, F. (2011). *Manual de Derecho Mercantil*. 18ª edición. Volumen I. Madrid. Tecnos. 2002

CABANAS TREJO, R. Cambios en el régimen de la junta general de las sociedades de capital en la reforma del gobierno corporativo (Ley 31/2014, de 3 de diciembre). Diario La Ley, N° 8442, Sección Doctrina, 16 de Diciembre de 2014, Año XXXV, Ref. D-421. Madrid: Editorial LA LEY. 2014

CRUZ RIVERO, D. La junta general de las sociedades de capital no cotizadas. Modificaciones introducidas por la ley de sociedades de capital y sus reformas posteriores. En Rodríguez Artigas, F, Fernández de la Gándara, L, Quijano González, J, Alonso Ureba, A, Velasco San pedro, L, Esteban Velasco, G (Dir). Revista de Derecho de Sociedades. Año, 2012, Número 39. (pp. 51-105). Pamplona. Aranzadi. 2012

DE BORJA VILLENA CORTÉS. *El derecho de información del socio*. En Gimeno-Bayón Cobos, R y Garrido Espa, L (Dir). Órganos de la sociedad de capital. Tomo I. Junta general e impugnación de acuerdos, los administradores y su responsabilidad. (pp. 344-384). Valencia: Tirant lo Blanch. 2008

DÍAZ ECHEGARAY, J. L. *Los derechos mínimos del socio*. Barcelona. Ediciones experiencia. 2012. Recuperado el 21 de julio de 2014, en <http://app.vlex.com/#/vid/379794058>.

DUQUE DOMÍNGUEZ, J. *Introducción a la protección de los derechos del accionista frente a los acuerdos de la mayoría*. (pp. 29-84). Revista de Derecho de sociedades. N° 1, 1993.

ECHAIZ MORENO, D. Estudio de derecho societario. Lo errado, lo inconcluso y lo imprevisto en la ley general de sociedades. Lima, Perú: Estudio Jurídico Empresarial. 2005<sup>a</sup>.

ECHAIZ MORENO, D. Propuestas para una reforma de la legislación societaria. En el Perú. N° 110: (pp. 191-224), julio-diciembre de 2005. Bogotá: Universitas. 2005b.

ESTEBAN VELASCO. Derecho de sociedades anónimas. En Alonso Ureba. [en homenaje al profesor José Girón Tena] / coord. por Alberto Alonso Ureba, Vol. 2, Tomo 1, 1994 (págs. 175-254) (Capital y acciones). 1994a

ESTEBAN VELASCO, G. La modernización del derecho de sociedades de capital en España. Cuestiones pendiente de reforma. En Alonso Ledesma, C, Alonso Ureba, A, Esteban Velasco, G (Dir) (2011). Tomo I. Navarra.:Editorial Aranzadi. 2011

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. Derecho de sociedades. T. II .Valencia: Tirant lo Blanch. 2010

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. De la arbitrariedad de la administración. 2da edición, Madrid: Civitas. 2002

FERNÁNDEZ RUIZ. Análisis comparativo del Derecho de información de los accionistas y de los trabajadores en el ordenamiento Español y Comunitario. En A.A.V.V, Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudio en Homenaje a Girón Tena, Madrid: Civitas. 1991

FERRANDO VILLALBA. Archivo Commenda de supuestos de derecho societario. En Embid Irujo, J. M (Dir) (2011-2014). Granada. Editorial Comares. 2015

FERRANDO VILLALBA, M. Introducción al derecho de sociedades de capital. En Embid Irujo, J. M (Dir). Estudio de la ley de sociedades de capital y legislación complementaria. (pp. 199-228). Madrid: Marcial Pons. 2013

GALLEGO SÁNCHEZ, E. Derecho mercantil. Primera parte. 2ª edición: Valencia, Tirant lo Blanch. 2013

GARCÍA LUENGO, B. Y SOTO VÁZQUEZ, R. (1992). El nuevo régimen jurídico de la sociedad anónima (Comentarios y jurisprudencia). Granada: Comares. 1992

GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A. El estatuto de las acciones propias. En Rojo y Beltrán. Comentarios de la ley de sociedades de capital. T. I. (pp. 1128-1129). Pamplona: Civitas. 2011

GIRÓN TENA, J. Derecho de sociedades anónima. Valladolid. Marcial Pons. 1952

IGLESIAS PRADA, J Y GARCÍA DE ENTERRÍA, J, (2015). Los órganos sociales de las sociedades de capital. En Menéndez y Rojo (Dir). Lecciones de derecho mercantil. Tratados y manuales. Volumen I. 13.ª edición. (pp. 469-493). Thomson Reuters. 2015

JUSTE MENCÍA, J. Los derechos de minoría en la sociedad anónima. Pamplona. 1995

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. T. El derecho a la información del accionista en la sociedad anónima, Madrid: Editorial McGraw-Hill. 1999

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C (2001). El delito societario de administración desleal. Valencia: Tirant lo Blanch. 2001

MARTÍNEZ-GUIJÓN MACHUCA, P. M. Límites al derecho de información del accionista. (pp. 12-21). *Economist & Jurist*, 22(178). 2014

MARTÍNEZ-GUIJÓN MACHUCA, P. M. Límites al derecho de información del accionista. (pp. 12-21). *Economist & Jurist*, 22(178). 2014

MENÉNDEZ, A. Y BELTRÁN E. Las acciones sin voto. Comentarios a las sociedades mercantiles, Dirigido por Uría-Menéndez-Olivencia, T.IV, Madrid. 1994

MILLÁN GARRIDO A. Las sociedades mercantiles. En Jiménez Sánchez, G J (Coord.). Nociones del derecho mercantil. Novena edición. Madrid: Marcial Pons. 2015

MUÑOZ CUESTA, F. J. Negar o impedir el derecho a información socios. La no convocatoria de la Junta de accionistas motivada por la aplicación del art. 293 CP. *Revista Aranzadi, Doctrina*, No.3/2010. Recuperado el 12 de agosto de 2014,

en <http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?docguid=Ib-dc3c680571811dfbe6101000000000&srguid=i0ad6007900000146a7387e4b-3c4409ab&src=withinResuts#>

NAVARRO MATAMOROS, L. Propuesta de flexibilización del Derecho societario español ante los nuevos retos de la Unión Europea. LN Matamoros - Revista Digital Facultad de Derecho, 2010 - dialnet.unirioja.es. Recuperado el 15 de junio de 2015 en LN Matamoros - Revista Digital Facultad de Derecho, 2010 - dialnet.unirioja.es. Recuperado el 15 de junio de 2015, en <defile:///F:/PROYECTO%20DE%20TESIS%202013/BIBLIOGRAF%C3%8DA%203/felxibilizaci%C3%B3n%20del%20derecho%20societario%20ante%20los%20nuevos%20retos%20de%20la%20UE.PDF>

OTERO LASTRES, J. M. Notas sobre la Junta general de accionista de la sociedad anónima. Conferencia pronunciada en la academia Matritense del Notariado el día 17 de octubre de 1991. Universidad de Alcalá de Henares. Recuperado 26 de julio 2013, en <http://vlex.com/vid/junta-accionistas-anonima-pronunciada-238438>.

PEÑAS MOYANO, M. derecho de información. 24. El derecho de información del accionista: cautelas exigidas para su efectividad (STS 15 noviembre 1994). En Rodríguez Artigas F (Dir). Revista de Derecho de sociedades I. Comentarios a la jurisprudencia, Vol. I, (pp. 687-703), Navarra: Aranzadi, Thompson Reuters. 2010

PERÓ MAYANDÍA, M. El Derecho de información de los accionistas y el artículo 52-A de la Ley general de sociedades sobre información fuera de junta. (pp. 277-287). Revista de Derecho. N°. 62, 2012 (Ejemplar dedicado a: Análisis Económico del Derecho). Perú: THEMIS. 2012

POLO DíEZ. El derecho del accionista a la información. Boletín Financiero del Estudio de Bolsa de Barcelona, número extraordinario. 1962

PORFIRIO CARPIO, L. J. Las acciones sin voto en la sociedad anónima. Madrid: La Ley. 1991

PULIDO BEGINES, J. L. El derecho de información del socio en la sociedad de responsabilidad limitada: (arts. 51 y 86 LSRL). Madrid: Civitas. 1997

RECALDE CASTELLS, A. Artículo 190. Conflictos de intereses. Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014). En Juste Mencía, J (Coord) Sociedades no cotizadas. (pp. 67-88). Navarra: Civitas. 2015a

RECALDE CASTELLS, A. Artículo 197. Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014). En Juste Mencía, J (Coord) (2015b). Sociedades no cotizadas. (pp. 91-111). Navarra. Civitas. 2015b

RETORTILLO ATIENZA, O. El embargo de acciones de la sociedad anónima- Revista de derecho de sociedades. No. 36. Pamplona: Aranzadi. 2011

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, J. *Derecho Mercantil*. México. 1971

ROJO FERNÁNDEZ-RIO, A. J (1984). El derecho a obtener certificación de los acuerdos sociales. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N° 2, 1984 , pp. 1131-1143.1. La ley. 1984

ROMERO FERNÁNDEZ, J. A. El derecho de información del accionista en la Ley de Sociedades Anónimas. Tesis doctoral. Director de Tesis: Jiménez Sánchez, G. J, p. 1998. Recuperado el 30 de julio de 2015, en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=38878>

ROMERO FERNÁNDEZ, J. A. El derecho de información documental del accionista. España: Marcial Pons. 2000

RUBIO, J. *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*. 3ª ed. Madrid. 1974

SÁNCHEZ CALERO, F Y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE (2013). *Instituciones de Derecho Mercantil*. 36 edición. Navarra. Aranzadi.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. La información del socio ante la Junta general. *Revista de Derecho de Sociedades* No. 8, 1997. pp. 119-143. Recuperado el 20 de agosto en [http://eprints.ucm.es/6430/1/11.Informaci%C3%B3n\\_del\\_socio.pdf](http://eprints.ucm.es/6430/1/11.Informaci%C3%B3n_del_socio.pdf)

SANDOVAL LÓPEZ, R. *Derecho Comercial*. Chile. T. I. V. I I. 2010. Disponible en internet el 15 de julio de 2014, en [http://app.vlex.com/#WW/search/content\\_type:4/funcionamiento+del+consejo+de+administraci%C3%B3n+de+la+sociedad+anonima/p2/vid/254274686](http://app.vlex.com/#WW/search/content_type:4/funcionamiento+del+consejo+de+administraci%C3%B3n+de+la+sociedad+anonima/p2/vid/254274686)

SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, L. Derecho de información de accionista. Nulidad de junta general. Comentario a la STS del 4 de octubre de 1962. RDP. 1963URÍA, MENÉNDEZ, MUÑOZ PLANAS. La junta general de accionistas. En comentarios al Régimen de las sociedades mercantiles. Madrid: Civitas. 1992

URÍA, R. La información del accionista en el Derecho Español. Cuadernos CIVITAS. Editorial Civitas, S. A. Un volumen de 80 págs. Madrid. 1976<sup>a</sup>. Revista

Crítica de Derecho Inmobiliario - Núm. 520, Mayo - Junio 1977. Civitas. Recuperado el 5 de agosto de 2015 de <http://vlex.com/vid/333503>

URÍA, R. Derecho Mercantil. 11ª edición. Madrid. 1976b

URÍA, R, MENÉNDEZ, A Y OLIVENCIA, M (2002). Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles/ 2a.Ed. -- Madrid: Cívitas. 2002

VALENZUELA GARACH, F Y VALENZUELA GARACH, J. Derecho de información del socio. En Peinado Gracia, J. I y Cremades García, J (Dir). El accionista minoritario en la sociedad cotizada. Libro blanco del accionista minoritario. (pp. 173-184). Madrid. La Ley. 2012

VICENT CHULIÁ, F (1991). Compendio crítico de Derecho Mercantil. 3era edición Barcelona, Bosch. 1991

ZUBIAURRE GURRUTXAGA, A. El derecho de información del socio en la S.A y en la S.R.L(Arts. 112 LSA y 51 LSRL). Revista de Dirección y administración de empresas. Número 9, octubre 2001. Recuperado el 25 de agosto de 2014 en <https://addi.ehu.es/bitstream/10810/10990/147.pdf>



# **Perspectiva constitucional y administrativa de los procedimientos de selección a la luz de la nueva ley de contrataciones administrativas de Nicaragua**

**Dr. Juan Bautista Arrién Somarriba<sup>1</sup>**

**Resumen:** Las adquisiciones públicas nicaragüenses están viviendo un acelerado proceso de reforma legislativa, con la aprobación de una nueva Ley de Contrataciones Administrativas del Sector Público (Ley No. 737) y una Ley de Contrataciones Municipales (Ley No. 801). Como toda reforma legislativa, se está transitando, tanto a nivel de la Administración Pública como del sector empresarial, por momentos de adaptación y aplicación de los nuevos lineamientos jurídicos, por lo que desde la academia, resulta oportuno, realizar una especie de evaluación, haciendo énfasis en algunos de los problemas más comunes que se han presentado en los procedimientos de selección regulados principalmente por la Ley No. 737, los cuales podrían deberse a posibles contradicciones entre las normativas legales y reglamentarias, así como a problemas técnicos presentes en las mismas. Esta evaluación se pretende efectuar, desde una perspectiva tanto constitucional como administrativa, con una finalidad constructiva y propositiva, permitiendo plantear aportes en pro de soluciones al menos de índole doctrinal y que podrían incidir en el desarrollo de la realidad práctica de la materia.

**Palabras Claves:** Adquisiciones públicas, Contrataciones administrativas, procedimientos de selección, contradicciones normativas, problemas técnico – jurídicos.

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho Público, por la Universidad San Pablo, CEU, Madrid, España. Profesor titular de Derecho Administrativo, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Centroamericana (UCA) Correo electrónico: mdc@ns.uca.edu.ni

**Abstract:** *Public procurement Nicaraguans are living an accelerated process of legislative reform with the adoption of a new Law on Administrative Procurement Public Sector (Law No. 737) and Municipal Procurement Act (Act No. 801). As any legislative reform, it is moving, both at the level of public administration and the business sector, moments of adaptation and implementation of new legal guidelines, so from the academy, it is appropriate, make a kind of evaluation, making emphasis on some of the most common problems that have arisen in the selection procedures regulated mainly by Law No. 737, which could be due to possible contradictions between legal and regulatory compliance, as well as technical problems present therein. This assessment is intended effect, from a perspective both constitutional and administrative, with a constructive and purposeful purpose, allowing to raise contributions towards solutions at least doctrinal nature and that could affect the development of the practical reality of matter.*

**Keywords:** *Acquisitions and procurement, administrative contracts, selection procedures, regulations contradictions, technical problems - legal.*

## **Introducción**

VALLE<sup>2</sup>, sostiene que el Estado tiene como fin último la satisfacción del interés general. Las adquisiciones o compras del Estado son una herramienta esencial para lograr esa finalidad, por ser el mecanismo natural que tiene la Administración Pública para nutrirse de los elementos necesarios que le permiten su propio funcionamiento para satisfacer las necesidades de la colectividad. Así, ante el creciente volumen de adquisiciones y las altas proporciones de recursos que alcanzan dentro de los presupuestos nacionales, la Administración le ha otorgado una atención prioritaria, organizando un marco jurídico que las sustenta.

En otra oportunidad se ha señalado<sup>3</sup>, que en Nicaragua, la regulación legislativa de las contrataciones administrativas es realmente muy reciente<sup>4</sup>,

<sup>2</sup> Valle, *Exclusiones de procedimiento y contrataciones simplificadas en las contrataciones administrativas del sector público nicaragüense*, IEEPP, 2012, p. 6.

<sup>3</sup> Arrién, *Retos y perspectivas para la implementación de la nueva ley de contrataciones administrativas de Nicaragua*. Revista Centroamericana de Administración Pública (68): 2015, p. 63.

<sup>4</sup> En este trabajo no se pretenden exponer aspectos históricos que expliquen el desarrollo de la contratación administrativa, sino más bien referencias puntuales de índole territorial. Si se quisiera profundizar se puede consultar, por ejemplo, a Carbonero Gallardo, José Miguel: *La adjudicación de los contratos administrativos: origen, evolución y sistema actual*. Tesis Doctoral, Universidad de Granada, España, 2010.

encontramos una Ley de 1981, Ley de Contrataciones Administrativas del Estado, entes Descentralizados o Autónomos y Municipalidades, aprobada mediante Decreto<sup>5</sup> No. 809, reglamentado el año de 1991. Dichas normativas, lógicamente respondían al momento histórico que vivía el país, en una situación de guerra y bloqueo económico, con una Administración altamente centralizada, obligada a realizar adquisiciones de forma directa, sin posibilidad de grandes inversiones y obras públicas.

Se ha sostenido<sup>6</sup> que es a consecuencia de los cambios políticos de inicios de los noventa, la transición hacia una profunda descentralización administrativa, la reforma constitucional de 1995, el proceso de aprobación de nuevas normas de carácter administrativo, producto del impulso de los cambios económicos mundiales, el avance significativo de la globalización, la ejecución de las políticas sociales, económicas e institucionales impuestas por las entidades financieras multilaterales, como parte de procesos de reforma estructural, entre otras causales, que se aprueba una nueva normativa de contrataciones del Estado<sup>7</sup> en el año 2000, la cual fue reglamentada unos meses después.

Esa normativa fue reformada totalmente en el año 2010, mediante la aprobación de la Ley No. 737, Ley de Contrataciones Administrativas del Sector Público<sup>8</sup>, a nivel central, reglamentada mediante el Decreto Ejecutivo No. 75 - 2010<sup>9</sup>; reformado mediante Decreto No. 22 - 2013<sup>10</sup>. Mientras, que a nivel municipal se aprobó la Ley No. 622, Ley de Contrataciones Administrativas Municipales<sup>11</sup>, con su respectivo reglamento. Esta última ley, ya ha sido reformada por la Ley No. 801<sup>12</sup>, reglamentada mediante Decreto 08 - 2013<sup>13</sup>.

A esta acelerada y reciente reforma legislativa, se le ha ido acompañando desde la Dirección General de Contrataciones Administrativas (DGCE), como órgano rector y normativo de las compras públicas nicaragüenses, con la aprobación e implementación de una serie de Manuales, Circulares,

<sup>5</sup> Publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 202 de 7 de septiembre de 1981.

<sup>6</sup> Arrien, Juan Bautista, *Análisis, interrogantes y recomendaciones sobre la Ley de contrataciones administrativas del sector público de Nicaragua*. Revista de Derecho No.17, p. 77.

<sup>7</sup> Ley 323, Ley de contrataciones del Estado de Nicaragua, publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 001 y 002 del 3 y 4 de enero del 2000.

<sup>8</sup> Publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 213 y 214 del 8 y 9 de noviembre del 2010.

<sup>9</sup> Publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 239 y 240, del 15 y 16 de diciembre del 2010.

<sup>10</sup> Publicado en La Gaceta, Diario Oficial No.119 del 27 de junio del 2013.

<sup>11</sup> Publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 119 del 25 de junio del 2007.

<sup>12</sup> Publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 192, del 9 de octubre del 2012.

<sup>13</sup> Publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 24, de 7 de febrero del 2013.

Resoluciones y Normativas administrativas<sup>14</sup>, que han trastocado aspectos tan importantes como pueden ser: Los Programas anuales de contrataciones (PAC), la elaboración de modelos estándar de Pliegos de Bases y Condiciones (PBC), la organización de los órganos operativos y ejecutores de los procedimientos de compras, como son las áreas de adquisiciones y los Comités de Evaluación, sin olvidar la incidencia de esos instrumentos jurídicos en la tramitación de los mismos procedimientos de licitación pública, las contrataciones simplificadas y las compras menores.

De la misma forma, la labor normativa de la DGCE, también ha incidido en aspectos complementarios a dichos procedimientos, como por ejemplo, el sistema de garantías, prácticas adecuadas para la elaboración de especificaciones técnicas, contratos interadministrativos, para la administración de contratos, el sistema electrónico de contrataciones administrativas (SISCAE) como medio de notificación y ejecución de los mismos procedimientos, sin olvidar la emisión de manuales para promover la participación de la pequeña y mediana empresa (Mypimes), entre otras iniciativas.

Lógicamente, desde la perspectiva administrativa, estamos frente a un amplio marco jurídico, que como toda obra humana tiene sus aciertos y podría enfrentar problemas técnicos e incluso contradicciones, las cuales mediante una labor descriptiva y analítica trataré de ir presentando, con un carácter crítico, pero propositivo, como aporte para una posible readecuación e incluso mejoría del mismo, partiendo desde una perspectiva constitucional, con señalamientos o al menos unos breves esbozos del tratamiento jurídico que ha realizado la Constitución Política Nicaragüense, haciendo énfasis en la última reforma constitucional del año 2014, al marco jurídico administrativo en general y a las adquisiciones públicas, en particular, si es que ha habido alguno.

### **Perspectiva constitucional de las contrataciones administrativas en Nicaragua**

No es el momento para realizar un profundo análisis constitucional de la materia, pero al menos si hacer algunas referencias generales sobre la incidencia de la Constitución Política de Nicaragua (Cn) y sobre todo de la última reforma constitucional del año 2014, en varias materias propias del Derecho Administrativo, pero como veremos, en menor medida en la contratación administrativa.

---

<sup>14</sup> Que pueden ser consultados en la web de dicha entidad: [www.nicaraguacompra.gob.ni](http://www.nicaraguacompra.gob.ni).

Así, después de la lectura de varios de nuestros textos constitucionales (1974<sup>15</sup>, 1987, reforma constitucional de 1995<sup>16</sup>, 2000, 2005 y 2014) utilizando como referente la obra de Esgueva Gómez<sup>17</sup>, y como una opinión personal, históricamente se puede señalar que Nicaragua, ha carecido de un tratamiento jurídico constitucional de mayor profundidad a temáticas tan importantes como el procedimiento administrativo y las contrataciones públicas, persistiendo una mayor referencia tanto estructural como normativa de otras materias como el contencioso – administrativo, la organización administrativa del Estado, la responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos (art. 131 Cn), y últimamente la aplicación de las garantías constitucionales al ámbito administrativo e incluso la aprobación del principio de la tutela judicial efectiva (art. 34 Cn), mediante la reforma constitucional del año 2014<sup>18</sup>.

Al respecto, VINTRÓ<sup>19</sup>, sostiene que en este sentido, cobra especial relieve la nueva regulación de los artículos 131, párrafos 5 y 6, y 160 *in fine* de la Constitución Política Nicaragüense. En efecto, el artículo 131 clasifica las formas organizativas de la Administración Pública, señala sus fines, establece sus principios rectores y mandata que la ley regule el procedimiento administrativo garantizando la tutela efectiva de las personas interesadas. Por su parte, el artículo 160 crea la Jurisdicción contencioso-administrativa para controlar la legalidad ordinaria de las actuaciones de la Administración Pública dejando en el legislador ordinario la decisión de determinar las instancias judiciales correspondientes que deben culminar en la Sala de lo Contencioso-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia.

Como se puede apreciar el legislador constitucionalista, ya sea mediante un poder constituyente, es decir aprobando un nuevo texto constitucional (1987) o mediante reformas parciales a dicha normativa constitucional, especialmente la última del año 2014, ha ido avanzando en un proceso lento, pero decidido, en pro de ir desarrollando al menos los lineamientos básicos

<sup>15</sup> Castro /Calderón exponen que en la Constitución Política nicaragüense de 1974 sobresale la propuesta de creación de un Tribunal Contencioso – Administrativo, así como la aprobación de una ley, lo cual no llegó a concretizarse. Ver: *Derecho Constitucional Nicaragüense*. 2007, p. 65.

<sup>16</sup> Esta reforma constitucional acentúa la organización de la Sala de lo Contencioso – Administrativo en una Sala de la Corte Suprema de Justicia del Poder Judicial de Nicaragua. Asimismo, profundiza la organización administrativa y desarrolla la noción de responsabilidad del Estado y de sus funcionarios. (art. 163 Cn)

<sup>17</sup> Esgueva Gómez, *Las Constituciones políticas y sus reformas en la historia de Nicaragua*.

<sup>18</sup> Ley No. 854, Ley de reforma parcial a la Constitución Política de Nicaragua, publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 26, del 10 de febrero del año 2014.

<sup>19</sup> Vintro, *Nicaragua: claroscurios de la reforma constitucional de 2014*. Revista Catalana de Dret Public – Blog, en <https://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2014/03/19/nicaragua-claroscuros-de-la-reforma-constitucional-de-2014-gabriel-alvarez-y-joan-vintro/>

de las materias señaladas, lo cual podría deberse a varias causas, entre las que sobresalen, una nueva tendencia de consenso entre el sector público y el privado, en pro del crecimiento económico y empresarial del país en diversos sectores, como la construcción, transporte, servicios públicos, el desarrollo de la infraestructura (carreteras, hospitales, reformas estructurales en los puertos), el rápido progreso del ámbito energético y de las telecomunicaciones, la acelerada adquisición de bienes y servicios por parte del sector público, las cuales sin duda transitan por la necesaria implementación de una relación jurídica administrativa entre ambos sectores y la aprobación de un marco jurídico con unas reglas básicas, que permitan la regulación de los trámites y procedimiento administrativos propios de las concesiones, permisos y autorizaciones, los elementos básicos de todo acto o resolución administrativa, el ámbito de la responsabilidad administrativa, sin olvidar la aprobación de la normativa contencioso - administrativa.

Este contexto empresarial y económico de simbiosis entre el sector público y privado (art. 98 Cn<sup>20</sup>), de origen constitucional, es innegable señalar que ha incidido sobre la aprobación del marco jurídico de las contrataciones administrativas, como un medio para promover y afianzar las relaciones comerciales entre ambos sectores.

Otro factor influyente en la consolidación de un marco regulatorio de las compras estatales en Nicaragua, ha sido el impacto de las inversiones nacionales y extranjeras, público - privadas en el país, para lo cual el art. 101 Cn, establece que “El Estado garantiza las inversiones nacionales y extranjeras....., así como, el *marco jurídico para impulsar proyectos público-privados*, que facilite, regule y estimule las inversiones de mediano y largo plazo necesarias para el mejoramiento y desarrollo de la infraestructura, en

---

<sup>20</sup> Definido en este artículo como un modelo de alianza del Gobierno con el sector empresarial pequeño, mediano y grande, y los trabajadores, bajo el diálogo permanente en la búsqueda de consensos en pro del desarrollo económico, productivo, empresarial y social del país.

Al respecto Joan Vintó, sostiene que cabe plantearse si este marco constitucional apunta hacia un modelo económico corporativista pero que al mismo tiempo parezca lo suficientemente abierto y habrá que esperar a su desarrollo para poder caracterizarlo con mayor exactitud. Op cit, p. 12.

Por su parte, Alejandro Aguilar, ha sostenido que la reforma constitucional (de 2014) propone “institucionalizar el modelo de gobierno” que se auto reconoce como de alianza, diálogo y consenso con empresarios y trabajadores..... No obstante, la alianza resulta incompatible con derechos fundamentales como el principio de igualdad y de no discriminación, e incluso posee rasgos propios de un régimen corporativo no democrático, donde ciertas organizaciones designadas tienen una relación privilegiada con el poder, y se proyectan ante la sociedad como entidades reconocidas, protegidas o tuteladas que hacen una labor de intermediación entre la sociedad y el Estado. Ver: Aguilar, Alejandro, et al, *Novena reforma constitucional: el cambio de las reglas del juego democrático en Nicaragua*. Instituto de Estudios Estratégicos y Políticas Públicas (IEEPP), 2014, p. 7

especial, energética, vial y portuaria” Esta base constitucional ha ampliado las puertas al desarrollo de procesos licitatorios para la construcción de obras (carreteras, infraestructura energética) que han implicado la adquisición continua de bienes y servicios por parte de entidades estatales a proveedores privados, bajo reglas del juego de carácter legal, aceptadas y consensuadas entre ambos sectores.

Sin lugar a dudas, el texto constitucional nicaragüense, no posee una regulación expresa sobre las contrataciones administrativas, pero si ha establecido una serie de condiciones económico - empresariales en una especie de cooperación con el Estado, con la finalidad de crear e implementar un marco regulatorio en esta materia y en otras propias del Derecho Administrativo.

### **Los procedimientos de selección y compras públicas en Nicaragua desde la perspectiva administrativa**

Una vez expuesta la perspectiva constitucional sobre la que al menos se crean las condiciones, para organizar el cuadro regulatorio de las adquisiciones estatales, bajo la ampliación decidida de los principios contractuales, establecidos en las normativas anteriores (Ley No. 323 y su Reglamento) como eran los de igualdad, libre competencia, eficiencia, publicidad, transparencia, a otros más acordes a nuestros tiempos, como son los de vigencia tecnológica<sup>21</sup>, control, debido proceso e integridad (art. 6 Ley 737)<sup>22</sup>, toca ahora, adentrarnos

<sup>21</sup> Los efectos que sobre la gestión pública en general y la contratación administrativa en particular puede producir la utilización masiva y ordenada de los medios y formas tecnológicas pueden ser ciertamente “revolucionarios”, así como en la prestación de servicios y en la ordenación de las relaciones de los ciudadanos con las Administraciones Públicas. Véase Palomar Olmedo, A. La contratación administrativa utilizando medios electrónicos y telemáticos. En Documentación administrativa (274 – 275), 2006, p. 130. Es una realidad que en comparación con el sistema tradicional de compras públicas en soporte papel, los procedimientos de adquisiciones son más transparentes, más abiertos al diálogo con los contratistas, mucho más eficaces y baratos utilizando medios electrónicos en las relaciones contractuales con la Administración, produciéndose una ampliación en la competencia, en la transparencia, en el ahorro de tiempo y dinero. Véase Gallego Córcoles, I. (2005). Contratación pública electrónica. En INAP (coord.) Administraciones Públicas y nuevas tecnologías. Capítulo VI, pp. 223 a 271.

<sup>22</sup> Tal y como lo afirman los profesores Navarro, Rodríguez Arana, Moreno Molina y Jinesta Lobo, si hubiera que elegir un sector concreto del Derecho Administrativo para explicar el sentido de los principios generales en su conformación, ese sector bien podría ser el de la contratación administrativa. Por muchas razones, pero sobre todo porque se puede afirmar sin riesgo a equivocarse que en esta materia los principios de igualdad de trato, de transparencia, de objetividad, de imparcialidad, o de equidad han sido los que han hecho posible la elaboración de las normas relativas a las compras públicas para instaurar un verdadero Derecho Administrativo global de la contratación pública. Véase Navarro, K.; Rodríguez Arana, J.; Moreno Molina, J. A. & Jinesta Lobo, E. Derecho Internacional de las contrataciones administrativas, 2011, p. 17. Así mismo, Moreno Molina, sostiene que debe insistirse en el decisivo papel que desarrollan hoy los principios generales de la contratación pública en la aplicación e interpretación del Derecho de los contratos... Estos principios, son en nuestros días el fundamento de toda la normativa pública sobre contratación y se

en la perspectiva administrativa de los procedimientos de selección aprobados por la Ley No. 737 y su Reglamento, con la finalidad de plantear sus aspectos básicos y los principales trámites, para la selección del contratista que pueda ejecutar el contrato, en las mejores condiciones de tiempo, calidad y precio, en pro del interés general.

Por otro lado, se puede afirmar, que el desarrollo de estos procedimientos de selección, ha estado bajo la influencia de los principios, procedimientos y mecanismos de control, regulados por las políticas y normativas de adquisiciones de los organismos financieros multilaterales y regionales, como el Banco Mundial (BM), el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y el Banco Centroamericano de Integración Económica (BCIE).

### **Planteamientos generales sobre la licitación pública**

Siguiendo el esfuerzo realizado en un trabajo anterior (2011) se ha tratado de analizar cada una de las etapas y trámites que integran el procedimiento de licitación pública, con la finalidad de darle un carácter más amigable y comprensible, señalando ciertas debilidades y hallazgos de problemas técnicos, con una visión constructiva y propositiva.

El art. 27 de la Ley 737, establece los procedimientos de contratación: licitaciones públicas y selectivas contrataciones simplificadas y las menores, y los concursos. Todos estos procedimientos se diferencian por los montos, la forma de publicitar (convocatoria, invitación) y la posibilidad de participación de los proveedores. En este último punto, la ley no establece el número mínimo de posibles invitados, lo cual aparece en su Reglamento (art. 70), no menor de cinco invitados en la licitación selectiva, no menor de tres en la contratación menor.

Resulta muy positivo establecer, tal y como lo hace el art. 28 de la Ley 737, los principales trámites que forman parte de cada una de las etapas que integran la licitación pública, lo cual denota orden y rigurosidad, sobre todo porque pueden ser aplicables de forma supletoria al resto de procedimientos de compra cuando corresponda (Art. 84 Reglamento de la Ley 737, en adelante el Reglamento).

Otro aspecto positivo a resaltar de la Ley 737, está regulado en su art. 26 al establecer que surtirá efecto legal la comunicación y notificación de los actos

---

caracterizan por su transversalidad, ya que alcanzan y se manifiestan en todas las fases contractuales. Moreno Molina, José Antonio, La nueva Ley de contratos del Sector Público, 2008, p. 108.



de cualquier procedimiento de contratación que los organismos o entidades públicas realicen por cualquier medio electrónico que garantice la certeza de la recepción y el contenido del mensaje.

Este es uno de los puntos más importantes de la Ley 737, en pro de la modernización del sistema electrónico<sup>23</sup> de adquisiciones públicas nicaragüenses. Tal y como señalaba al inicio de este estudio, permitirá agilizar la tramitación de los diversos procedimientos de compras, generando un mayor acercamiento entre los sujetos contractuales, así como generar un ahorro presupuestario.

### 1.1 Requisitos previos al inicio de la contratación

Antes de iniciar la licitación pública, recordemos que es necesario cumplir una serie de requisitos previos, como por ejemplo, la planificación de las contrataciones, la cual debe ser coherente con la planificación estratégica de la propia entidad contratante, así como con su plan de inversiones y las necesidades a suplir dentro de la institución.

Otro trámite fundamental de esta etapa, es la aprobación y publicación del Programa Anual de Contrataciones (PAC), el cual se convierte en una especie de listado de adquisiciones, a publicar en el portal único de compras, durante el primer mes del periodo presupuestario. El mismo no obliga a realizar la compra y es modificable, siendo un requisito para iniciar cualquier procedimiento de compra, menos para la contratación simplificada (Art. 20 Ley 737).

Concordando con Ruth Pastora<sup>24</sup>, respecto, al momento de publicación del PAC, se denota cierta confusión en la lectura del art. 58 del Reglamento, posiblemente por la falta de claridad en su redacción, estableciendo: *“deberá ser publicado al día siguiente día hábil luego de su aprobación, en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles de aprobado”*, ¿En qué quedamos? ¿Cuándo habría que

---

23 El sistema electrónico de contrataciones administrativas en Nicaragua (SISCAE) es coordinado por la Dirección General de Contrataciones del Estado (DGCE) mediante la web: [www.nicaraguacompra.gob.ni](http://www.nicaraguacompra.gob.ni). Al respecto, Francisco Uría Fernández, ha sostenido que si la introducción de las nuevas tecnologías no se limita a aprovechar sus ventajas de intercomunicación (correo electrónico), almacenamiento de información (bases de datos como, por ejemplo, los registros electrónicos de licitadores) y capacidad de difusión de información, sino que, además, provoca una auténtica «reingeniería de procesos» de modo que los procedimientos administrativos de contratación pasen a tramitarse «en la red», de suerte que sus hitos fundamentales sean «visibles» para los interesados, que podrían conocer así, en tiempo real, las decisiones de los órganos competentes, las actuaciones de sus competidores..., se produciría un avance sustancial en materia de transparencia. ver: Uría Fernández, Francisco: Apuntes para una reforma de la legislación sobre contratos de las Administraciones Públicas, en Revista de Administración Pública, Rap No. 165, 2004, p. 307.

24 Pastora, *Aciertos y desaciertos de la Ley 737, de contrataciones administrativas del Sector Público*. Paper no publicado para optar al título de Máster en Derecho de Empresa. Universidad Centroamericana, 2011, p. 12.

publicar? Al respecto la DGCE publicó un modelo guía para la planificación y programación de las contrataciones<sup>25</sup>, en el cual se aclara que la publicación es al día siguiente hábil, lo que confirma que la confusión señalada ha existido.

Otros requisitos de suma importancia, constituyen los estudios, diseños, especificaciones técnicas, la estimación de la contratación y lógicamente la programación presupuestaria. Resulta muy positivo, la transparencia que se produce al publicar los primeros tres requisitos, según el art. 21 de la Ley 737, pero al consultar el art. 89 del Reglamento, la transparencia y publicidad se restringe respecto al diseño, creándose una evidente contradicción, que podría explicarse por ser trámites propios de etapas distintas del procedimiento.

También, me llama la atención que el art. 66 del Reglamento, establezca que el valor estimado o referencial es público, como regla general, para luego regular ciertas excepciones, aún y cuando la ley ni estipula que el mismo sea público, ni regula dichas excepciones, entonces queda planteada la interrogante, ¿qué sentido tendría publicar el valor estimado?

Una vez que se han cumplido todos estos trámites o requisitos previos, la máxima autoridad puede emitir la *resolución de inicio* cuyo contenido está expuesto en el art. 30 de la Ley 737 y en el 85 de su Reglamento, procediéndose a la elaboración, por el área de adquisiciones en coordinación con las áreas técnicas y solicitantes, del Pliego de Bases y Condiciones (PBC)<sup>26</sup>, el cual es el documento o conjunto de documentos escritos o electrónicos, que recogen toda la información para que el oferente pueda formular válidamente su oferta, así como las condiciones jurídicas, económicas y técnicas a las que ha de ajustarse la licitación, la evaluación de la oferta, la adjudicación, formalización del contrato y la ejecución del mismo (Art. 31 Ley 737 y 87 al 96 de su Reglamento).

El art. 21 de la Ley 737 y el 63 de su Reglamento, nos dicen que junto a los requisitos de la contratación se hará público el proyecto del pliego de bases y condiciones, pero el art. 85 del Reglamento señala que una vez reunida la información de dichos requisitos y del pliego de bases y condiciones, se emitirá la resolución de inicio del procedimiento. Como se puede apreciar

<sup>25</sup> La versión 2011 de dicho documento se puede encontrar en el portal [www.nicaraguacompra.com.ni](http://www.nicaraguacompra.com.ni).

<sup>26</sup> Moreno Molina, sostiene que la naturaleza jurídica de los pliegos es muy discutida, para algunos autores (García de Enterría, Fernández, T. R y Tornos Mas) es no normativa, en la medida en que estaríamos ante piezas de un contrato que extraen su fuerza de su inclusión en el contrato por las partes contratantes. Sin embargo, para otro sector doctrinal (Villar Palasí, Villar Ezcurra, Garrido Falla) gozarían de fuerza normativa por su carácter general, su aplicación supletoria y porque la competencia para su aprobación viene atribuida a órganos administrativos. Op cit, p. 425.

no se hace referencia a dicho proyecto del pliego, sino al pliego mismo, lo que podría deberse a un error técnico o de redacción, que se resuelve con la primacía de la ley.

## **1.2 La convocatoria**

Este documento, es una especie de llamado que realiza el área de adquisiciones, en el portal único de contratación y en la *web* del órgano contratante cuando convenga a los intereses nacionales e institucionales. Además, se publica un aviso en La Gaceta, Diario Oficial, sobre la disponibilidad, suponemos que de la convocatoria en el portal, aunque el art. 98 del Reglamento, establece que del aviso, lo que podría obedecer a una posible falla técnica, porque el aviso es una figura distinta, en contenido y finalidad a la convocatoria, cuyo contenido se encuentra taxativamente regulado en el art. 99 del Reglamento, transmitiendo claridad y facilitando la labor del funcionario tramitador.

## **1.3 Preparación y presentación de la oferta**

Preparar una oferta consiste en llenar los formatos correspondientes contenidos en el PBC, así como cumplir con todos los requisitos establecidos en el mismo. Así, tomando en cuenta el pliego de bases definitivo (art. 89 del Reglamento), los oferentes pueden presentar su oferta por escrito o en forma electrónica, en un solo sobre, en original y dos copias, cumpliendo con el contenido y las formalidades estipuladas en los artículos 104 y 107 del Reglamento, para lo cual tendrá un plazo no menor de treinta días calendario, contados a partir de la convocatoria.

## **1.4 Apertura y evaluación de las ofertas**

Las ofertas presentadas ante el órgano licitante, serán abiertas en forma pública, presencial o electrónica, lo cual determina un adelanto tecnológico, cuya implementación es todo un reto presupuestario, al implicar una fuerte capacitación de los funcionarios públicos que integren los Comités de Evaluación. Sería oportuna la emisión de algún tipo de regulación específica en cuanto a los requerimientos técnicos y la forma o modalidad práctica para cumplirlo.

Según el art. 110 del Reglamento de la Ley 737, concluida la recepción de ofertas se procederá al acto de apertura, en presencia del área de adquisiciones,

los oferentes y con la participación del delegado de la máxima autoridad. Una vez concluido el acto de apertura, se levantará un acta que deberá ser firmada por los miembros del Comité de Evaluación y los proponentes que se encuentren presentes, los cuales tendrán derecho a examinar las demás ofertas, y a hacer constar sus observaciones en el acta, entregándoseles una copia.

Llama la atención el contenido del art. 110 del Reglamento de la Ley 737, porque estipula que los miembros del Comité de Evaluación deberán firmar el acta del acto de apertura, pero no se entiende cómo pueden firmar un acta de una actuación que ni les compete realizar, ni han presenciado. No se sabe si se está interpretando de forma errónea el artículo señalado, o hay algún tipo de falla técnica en la redacción.

Por otro lado, el órgano o entidad licitante que presidió el acto de apertura de ofertas, el cual no es establecido por la Ley 737, sino por el art. 110 de su Reglamento, una vez concluido con este acto, deberá remitir al Comité de Evaluación las ofertas presentadas para su evaluación, que deberá efectuarse dentro de un plazo de hasta siete días hábiles.

Cabe señalar que la Ley 737 en su art. 42 hace referencia a que el acto de apertura de ofertas será público, pero ni dicho artículo, ni el 43 de la misma normativa, señala que la evaluación de las ofertas será pública, lo cual sí está regulado en el art. 87 inciso "s" del reglamento, pero al referirse a la evaluación dice examen, por lo que no se sabe si se refiere a la actividad de evaluación, o al examen del cumplimiento de los requisitos de la oferta, lo que podría implicar algún tipo de problema técnico e incluso de contradicción entre ambas normativas.

### **1.5 Posibles inconsistencias en el recurso de aclaración**

Según el art. 111 de la Ley 737, durante el plazo para la evaluación de las ofertas el Comité de Evaluación deberá dar a conocer los resultados de la evaluación a más tardar tres días antes del vencimiento del mismo, para que los oferentes participantes puedan solicitar las *aclaraciones* que consideren pertinentes en un plazo no mayor de dos días, las que deberán ser atendidas por el Comité en el acta de evaluación y recomendación de adjudicación que deberá notificarse a la máxima autoridad administrativa y a todos los oferentes participantes.

Al respecto, hay que señalar que en base al art. 43 de la Ley 737, el plazo de evaluación es de siete días, por lo que el cuarto día se deberá dar a conocer los resultados de la evaluación, en un plazo de dos días, es decir el sexto día a más tardar, se interpondría el recurso de aclaración y al parecer tendría que resolverse en el día restante del plazo. En otras palabras, este recurso se interpondrá en dos días y se resolverá en uno, pero además hay una especie de contradicción con el art. 116 del Reglamento, que en su parte *in fine* señala que una vez notificada (el acta de evaluación) los oferentes podrán interponer los recursos dispuestos en la Ley 737, que sería el de aclaración.

### **1.6 Dictamen de recomendación de adjudicación**

El Comité de Evaluación, utilizando los criterios de evaluación contenidos en el PBC, recomendará la adjudicación total o parcial al oferente u oferentes, con la mejor oferta, así mismo, deberá recomendar el orden de prelación; o recomendar la declaratoria de desierta de la licitación.

### **1.7 Resolución de adjudicación**

La máxima autoridad administrativa de la entidad licitante, deberá dictar una resolución motivada aceptando o no la recomendación o cancelando el procedimiento. Respecto, a la cancelación no queda claro, si podría emitirse sin la suspensión previa, tal y como lo establece el art. 51 de la Ley 737, o de forma autónoma. Lógicamente, si no se cumplen las condiciones del art. 51, entonces se podría cancelar el procedimiento sin suspensión previa.

En el caso de la licitación pública, la adjudicación<sup>27</sup> deberá emitirse por medio de una resolución administrativa o acuerdo ministerial, dentro de un plazo máximo de tres días hábiles después de recibido el dictamen de recomendación. Una vez emitida la resolución será notificada a los oferentes dentro de un plazo máximo de dos días hábiles. En caso que estos no recurran contra ella, será firme y se publicará, procediéndose a la formalización contractual. Lógicamente, si los oferentes que no fueron seleccionados utilizan los recursos administrativos correspondientes (impugnación y nulidad), no se podrá formalizar el contrato, lo que podría originar modificaciones en los

---

<sup>27</sup> Martínez López-Muñiz ha sostenido que el contrato público se entendía nacido a la realidad jurídica con este acto administrativo unilateral de la Administración contratante, con el que concluía el procedimiento de contratación mediante la elección de la proposición más ventajosa o más acorde con los criterios pre-determinados para esa selección. Ver: Martínez López Muñiz: El nacimiento de los contratos públicos: reflexiones sobre una equivocada transposición de la Directiva Comunitaria «de recursos », en Revista de Administración Pública, RAP No. 185, 2011, p. 323.

calendarios de ejecución, teniendo en cuenta que dicha suspensión podría extenderse hasta la vía judicial.

## 2. La contratación simplificada

En la antigua Ley 323, de Contrataciones del Estado, en una misma regulación se reunían en un mismo artículo las materias excluidas y las contrataciones directas, sin hacer diferencia<sup>28</sup> y se solicitaba autorización previa a la Contraloría General de la República (CGR)<sup>29</sup>, para llevarlas a cabo. Actualmente, en base al art. 27 de la Ley 737, se puede afirmar que dicha unión ha sido superada, mediante la aprobación de un procedimiento de contratación simplificada, que de forma excepcional, con independencia del monto, debe observarse para la selección del contratista particular, en aquellas situaciones taxativamente<sup>30</sup> señaladas en el art. Art. 58 de la Ley 737, entre las que sobresalen, las siguientes:

Las contrataciones que realice la Policía Nacional, con fines exclusivamente policiales, necesarios para el mantenimiento y restablecimiento del orden y la seguridad pública del país. Así como, las contrataciones que realice el Ejército de Nicaragua con fines exclusivamente militares, necesarias para salvaguardar la integridad, independencia, seguridad y defensa nacional.

En estas primeras causales llama la atención la utilización de posibles conceptos jurídicos indeterminados (orden, seguridad pública, fines policiales y militares, integridad, independencia, defensa nacional) que podrían convertir el carácter excepcional que deberían tener las contrataciones simplificadas en una regla general de común utilización.

Las compras con fondos de caja chica.

Las contrataciones en situaciones de emergencia o calamidad pública que afecten a toda la colectividad o a un importante sector de ésta o que de forma imprevista causen la interrupción total de las operaciones de la entidad contratante.

Si bien el art. 2 del Reglamento de la Ley 737, ha definido con bastante claridad el término “urgencia”<sup>31</sup>, no ha ocurrido lo mismo cuando se trata de las situaciones de emergencia o calamidad pública, por lo que habría que

<sup>28</sup> Lo cual creaba confusiones, porque ambas nociones son distintas, mientras las materias excluidas son aquellas a las que no se les aplica la Ley de contrataciones, porque están reguladas por otras normativas, las contrataciones directas, implican seleccionar al contratista, pero sin pasar por un procedimiento competitivo de licitación.

<sup>29</sup> Actualmente, ya no se solicita autorización previa a la Contraloría, sino que los contratos y documentación del procedimiento se pasa a dicha entidad para la realización del control a posteriori. Art. 58 inciso 3 Ley 737.

<sup>30</sup> Según el art. 58 de la Ley 737, de la ocurrencia de estas causales, se dejará constancia en el acto administrativo de inicio en el que se declare motivadamente la procedencia de la causal respectiva.

<sup>31</sup> Urgencia: Se darán condiciones de urgencia cuando exista una necesidad o falta apremiante de una contratación determinada, que su ejecución tenga un carácter impostergable, y que de no realizarse en forma ágil y oportuna se causaría un daño mayor a la Institución y al interés que pretende satisfacer. (art. 2 Reglamento Ley 737).

recurrir a las normativas que regulan el sistema nacional para la prevención y atención de desastres en Nicaragua, para evitar caer así en otra posible utilización de conceptos jurídicos indeterminados.

Los contratos inter-administrativos<sup>32</sup> celebrados entre organismos o entidades del sector público, salvo cuando una de las partes realice una actividad económica privada, en régimen de competencia con las entidades mercantiles. Cabe señalar que en este tipo de contrataciones, las partes contratantes no podrán invocar, entre sí, prerrogativas exorbitantes<sup>33</sup> del derecho común, como las expuestas en el art. 71 de la Ley 737.

Hay que señalar que la responsabilidad<sup>34</sup> de la contratación simplificada recaerá sobre la máxima autoridad administrativa y los funcionarios que hubieren participado en la contratación. El Reglamento en su art. 147 (a) establece que para soportar que la misma, se realice en condiciones de mercado, se podrán establecer cotizaciones, guías de precios y cualquier otro medio que brinde la información correspondiente, pudiendo establecer cuando proceda, que se solicite más de una oferta para verificar tales condiciones.

Según el art. 20 de la Ley 737, la aplicación de esta modalidad no exige, como requisito previo para iniciar el procedimiento, su inclusión en el Programa Anual de Contrataciones (PAC)<sup>35</sup>. Por su parte, el art. 148 del Reglamento de la Ley 737, señala que la actividad contractual de esta modalidad, deberá adaptarse a los principios generales, los requisitos previos, los derechos y obligaciones de las partes, los controles y el régimen de prohibiciones y sanciones.

## 2.1 Trámites para llevar a cabo una contratación simplificada

**Informe Técnico-Legal previo.** Según el art. 149 del Reglamento, la resolución o acuerdo que apruebe la contratación simplificada, requiere obligatoriamente de uno o más informes previos, que contengan la justificación técnica y legal de la procedencia y necesidad de la contratación.

<sup>32</sup> En el punto 4, del capítulo II, de la Normativa procedimental para contrataciones inter-administrativas, emitida por la DGCE, 2011, se establece que: *En este tipo de contratos no se admiten subcontratación ni cesión de derechos o de posición contractual.* Al respecto, hay que señalar que lo anterior no está regulado en los artículos 73 y 74 de la Ley 737, que desarrollan ambas figuras.

<sup>33</sup> Como son: Dirigir, controlar y supervisar el contrato, modificación unilateral del contrato, suspender o resolver el contrato por razones de interés público, rescindir el contrato por incumplimiento del contratista particular de una condición esencial del mismo, imponer multas y ejecutar garantías.

Las prerrogativas por excelencia de la Administración Pública en las contrataciones administrativas son *«sin duda ninguna el privilegio de la decisión unilateral y ejecutoria, previa al conocimiento judicial. Este formidable poder no resulta propiamente del contrato mismo, sino de la posición jurídica general de la Administración de su privilegio general de autotutela en pro del interés general»* Ver: Meilán Gil, José Luis: Las prerrogativas de la administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión, en Revista de Administración Pública, RAP No. 191, 2013, p. 26.

<sup>34</sup> Según Valle la regulación de esta responsabilidad, pudo generar una especie de temor en los funcionarios autorizantes y participantes en este procedimiento, quienes en ocasiones quieren realizar de manera reiterativa el procedimiento, pero retroceden ya que se genera una especie de “freno” por el temor a la intervención posterior que por atribución le corresponde a la CGR de fiscalizar las contrataciones que se den. Véase, Exclusiones de procedimiento y contrataciones simplificadas en las contrataciones administrativas del sector público nicaragüense, p. 34.

<sup>35</sup> Esto se repite en el art. 5 de la Normativa administrativa para el desarrollo de contrataciones simplificadas, DGCE, [www.nicaraguacompra.gob.ni](http://www.nicaraguacompra.gob.ni), 2014, p. 5.

En este punto, Valle<sup>36</sup>, señalaba que producto de un vacío legal, ha existido confusión por determinar a quién le corresponde la responsabilidad en la elaboración del informe, ya que en ocasiones las áreas solicitantes se quieren desligar de su elaboración, lo que termina siendo asumido por el área de adquisiciones o de asesoría legal, las cuales no cuentan con toda la información técnica sobre el objeto contractual.

**Resolución de inicio e invitación:** La resolución es emitida por la máxima autoridad contratante y se invitara de manera directa a uno o más proveedores, según corresponda a la complejidad o envergadura de la contratación. El art. 146 del Reglamento de la Ley 737, establece que en los avisos e invitaciones no se incluirán criterios de selección, siendo que la valoración de las ofertas que se presenten se hará conforme a las condiciones de mercado.

Por su parte, el inciso c, del art. 147 del reglamento señala que la invitación a presentar oferta deberá indicar el alcance del bien, servicio u obras, sus especificaciones técnicas, garantías o certificaciones requeridas en su caso, la forma de pago, el tiempo de entrega del bien, obra o servicio, criterios básicos de adjudicación, el plazo de entrega de la oferta y cualquier otro aspecto que se amerite incluir en la misma.

Resulta interesante que mientras el art. 146 del reglamento, establece que la invitación no debe incluir criterios de selección, el siguiente artículo (el 147) hace mención que en dicho trámite se deben incluir los criterios básicos de adjudicación, por lo que al parecer nos enfrentamos a otra posible contradicción, la cual es más difícil solventar porque se trata de dos artículos de la misma norma.

**Presentación de ofertas, evaluación, adjudicación:** Estos aspectos tendrían que estar regulados en las especificaciones técnicas<sup>37</sup> que acompañan a la invitación.

**Registro de los contratos:** Los contratos que se suscriban a través de este procedimiento deberán registrarse en el portal único de contratación, dentro del plazo de diez (10) días contados a partir de su firma, a excepción de las adquisiciones realizadas por la Policía Nacional, el Ejército de Nicaragua y las efectuadas con fondos de caja chica.

La Ley No. 737 en su art. 58 exceptúa de dicho registro, las adquisiciones realizadas por la Policía Nacional y el Ejército de Nicaragua, pero no así a las realizadas mediante fondos de caja chica, estas últimas son reguladas en el art. 146 de su Reglamento, el cual podría estar sobrepasando lo estipulado en la norma de mayor jerarquía, por lo que estas últimas adquisiciones no podrían excluirse del registro señalado.

<sup>36</sup> Valle, Exclusiones de procedimiento y contrataciones simplificadas en las contrataciones administrativas del sector público nicaragüense, p. 34.

<sup>37</sup> En el punto 1, del capítulo I, de la Guía práctica para la elaboración de Especificaciones Técnicas, emitida por la DGCE, 2011, se expone la siguiente definición sobre las mismas: “El documento que establece las características de un producto o servicio, tales como niveles de calidad, rendimiento, seguridad, dimensiones. Puede incluir también terminología, símbolos, métodos de ensayo, embalaje, requisitos de mercado o rotulado.”



### 3. Las compras menores

Según el art. 27 de la ley 737, es el procedimiento administrativo<sup>38</sup> que debe observarse para la selección del contratista particular en aquellas contrataciones de obras, bienes o servicios generales, que no superen el monto de quinientos mil córdobas (C\$500,000.00). Es una realidad que este procedimiento, es uno de los más importantes, por su continuidad, constancia y repetitividad, en las diversas entidades que integran el Sector Público, no solo por los bajos montos presupuestarios que implica, sino por los tipos de bienes y servicios que se adquieren, sobre todo los de carácter estándar y de uso común<sup>39</sup>.

Este tipo de compras, son ejecutadas por delegación de la máxima autoridad contractual, por la Dirección administrativa Financiera, y las ofertas se evalúan por un Comité Técnico de Contrataciones, conformado por tres miembros, el que podría estar integrado preferentemente por un delegado del área solicitante o el experto en la materia, un delegado del área de adquisiciones y un asesor legal.

Ahora, si la compra fuese menor o igual a cincuenta mil córdobas (C\$ 50.000) según el art. 8 del Reglamento de la Ley 737, la evaluación, calificación y recomendación estará a cargo del área de adquisiciones, competencia que no está regulada en la Ley 737, en cuyo art. 27, tampoco se estipula dicha división del monto en este tipo de compras.

#### Trámites para realizar las compras menores

El reglamento de la ley 737, establece el procedimiento para llevar a cabo las compras menores, y según su art. 84, cualquier vacío sería llenado mediante la aplicación supletoria de lo regulado para la licitación pública. Al respecto, cabe señalar que uno de los primeros problemas que encuentro, es que el legislador ha olvidado en repetidas ocasiones en la ley 737, hacer referencia a las compras menores en diversos puntos, por ejemplo, en los recursos administrativos<sup>40</sup>, lo

<sup>38</sup> Carbonero Gallardo, apegándose a la realidad contractual de la figura en el sistema español, sostiene que su razón de ser, es la de ofrecer a la Administración una forma ágil para la ejecución de determinadas actuaciones, y ello se propicia simplificando procedimientos y cuantías. Carbonero Gallardo, op cit, p. 467.

<sup>39</sup> Que según el inciso b, del art. 2 del reglamento de la ley 737, son aquellos que poseen las mismas especificaciones técnicas, respecto de sus funcionalidades básicas, con independencia de sus características accesorias, y que son ofrecidos en el mercado en condiciones equivalentes para quien los solicite, permitiendo el funcionamiento efectivo de cada uno de los órganos administrativos y con esto el ejercicio de sus competencias en pro de la resolución de los problemas sociales.

<sup>40</sup> Según el art. 112 y 115 de la Ley 737, los recursos de impugnación y nulidad caben en licitaciones, y concurso, pero no así en las compras menores, ni en las simplificadas. Algo que ya ha sido ratificado por la Procuraduría General de la República (PGR) en resolución 40 – 2011, del uno de Diciembre de dicho año. En cuanto al recurso de aclaración, hay que señalar que en el art. 111 de la ley 737, se hace referencia a que este cabe en

que podría originar ciertos inconvenientes al momento de su ejecución, por lo que dicha supletoriedad resulta de suma importancia práctica.

Siguiendo el orden que ofrece Flores Quintana<sup>41</sup>, así como la regulación de la normativa de contratación menor del DGCE<sup>42</sup>, el procedimiento comienza, según el art. 130 del reglamento de la ley 737, con la solicitud de la unidad requirente, expresando al menos que el objeto solicitado está incluido en el programa anual de compras (PAC), si no fue contemplado, la solicitud de compra deberá justificarla de forma escrita, motivando las razones de la necesidad de la contratación, obteniendo la no objeción del organismo financiador si corresponde<sup>43</sup>.

Posteriormente, pasamos a la redacción de las especificaciones técnicas o alcance de servicios o alcances de obra o términos de referencia, es decir que en las compras menores no hay un pliego de bases y condiciones (PBC) como sucede en la licitación, por lo que cabe preguntarse, desde ya, si es posible solicitar aclaraciones a las especificaciones técnicas, siguiendo así lo estipulado en el art. 34 de la ley 737, y con esto la homologación, e incluso la posibilidad de objetar dicho instrumento jurídico.

Al respecto, cuando se trata de consultorías<sup>44</sup>, en la parte in fine del art. 131 del reglamento de la Ley 737, se dice que debe establecerse de forma clara y precisa los servicios y los estudios necesarios, así como los resultados previstos, sin precisar detalle, lo cual podría contradecir el art. 89 de la ley 737, parte in fine, en el que se señala que los contratos de consultoría estarán sujetos a plazos determinados, debiendo establecerse los objetivos, así como

---

contra de la evaluación que realiza el Comité de evaluación, pero en las compras menores dicho órgano no opera. Otro aspecto que no está muy claro es contra qué cabe dicho recurso, si es contra el acta donde se reflejan los datos generales de los oferentes que presentaron oferta y el monto económico de la misma, o si cabe en contra del informe de evaluación y recomendación, según el art. 38 del reglamento de la ley 737, teniendo presente que sólo el primer documento (el acta) es pública, pero que al igual que el informe sólo se notifica si los oferentes lo solicitan, se podría entonces, originar una ambigüedad, por la falta de claridad técnica de ambas normas jurídicas.

Teniendo presente lo anterior, al parecer en compras menores sólo cabría el recurso de aclaración, si es que el oferente solicitó la notificación del acta, esto no significa que no se podría recurrir a la vía judicial, claro que sí se podría, una vez agotada la vía administrativa que sólo consistiría en la posible tramitación del recurso de aclaración. Lógicamente, es una interpretación personal la que estoy presentando aquí, la cual dejo abierta a debate y en espera de jurisprudencia que nos dé una mejor orientación.

<sup>41</sup> Ver: Análisis jurídico de la licitación pública y la compra menor en la Ley 737, de contrataciones administrativas del Sector Público y su reglamento, p. 12 y siguientes.

<sup>42</sup> El procedimiento está regulado en el art. 22 y siguientes de la Normativa procedimental para el desarrollo de la modalidad de contratación menor, DGCE, 2014.

<sup>43</sup> Llama la atención, que se haga referencia a la posibilidad de obtener la no objeción del organismo financiador si corresponde, porque las compras menores reguladas por la ley 737 y su reglamento son financiadas con recursos presupuestarios internos y no de índole internacional, por lo que podríamos estar frente a un error técnico en la redacción, que habría que corregir en una posible reforma de dicha normativa o al menos aclarar a que organismo financiador se refiere.

<sup>44</sup> Las cuales por cierto no deberían tramitarse por medio de este procedimiento, sino más bien por el concurso respectivo (art. 59 Ley 737) tal y como veremos más adelante.

los resultados concretos y específicos que se pretenden lograr. Lógicamente, prima el carácter superior de la ley, por lo que desde el punto de vista práctico, el detalle sería necesario, siendo un punto a tener en cuenta en una posible reforma del reglamento de la ley 737.

### **Solicitud de compra, publicidad y remisión**

El Área solicitante, una vez recibido el formato de solicitud de compra de parte del Área administrativa financiera con la partida presupuestaria correspondiente, deberá remitir la solicitud de compra al Área de adquisiciones.

### **Convocatoria**

Realizados los trámites anteriores, se procede con la convocatoria, la que se tramita mediante invitación directa a tres o más proveedores<sup>45</sup>, según corresponda en atención a la oportunidad, al monto, y a la complejidad o envergadura de la contratación, sin menoscabo de la publicación de la invitación a ofertar en el portal único de contratación. Esta forma de invitación no limita a participar en el procedimiento a otros proveedores no invitados. (Art. 134 del Reglamento de la Ley No. 737).

### **Presentación, recepción, apertura, evaluación, recomendación de ofertas y adjudicación**

Una vez realizada la convocatoria, procede el trámite de *presentación de las ofertas* cuyo plazo no podrá ser mayor de cinco días calendarios contados a partir de la fecha de la última notificación o de la publicación en el portal único de contratación.

Concluida la *recepción de las ofertas* se procede a su *apertura*, al siguiente día hábil, por parte del Comité Técnico de Contratación, debiéndose levantar acta, que contenga los datos generales del proveedor, precio y su plazo de entrega.

Después de la apertura de las oferta, viene la etapa de *evaluación* de estas, la cual según el art. 138 del Reglamento, será realizada por el Comité técnico de contrataciones, el cual también deberá verificar la conformidad de la oferta a la calidad requerida, procediendo a adjudicar a la oferta con el menor precio, esto por tratarse de bienes o servicios de carácter estándar o de uso común. La preguntas que surgen son ¿Qué pasaría si no se tratase de este tipo de bienes? ¿Qué factor de evaluación prevalecería el de calidad o el de precio?

---

<sup>45</sup> El número de invitados no está determinado en la Ley 737, aunque en el art. 57 de la misma, se establece que las compras menores se tramitarán según lo establecido en el Reglamento de dicha Ley, con lo cual se supera cualquier posible contradicción.

Por otro lado, el art. 139 del Reglamento de la ley 737, señala de forma correcta que es al Comité técnico de contrataciones a quien le corresponde recomendar, preparando su informe, el cual enviará junto con el acta de apertura de oferta y los cuadros respectivos al Coordinador del Área de adquisiciones quien lo remitirá a la autoridad correspondiente para su adjudicación, o adjudicara en su caso.

Por su parte, el art. 140 y el 141 del Reglamento de la ley 737, establecen que la máxima autoridad administrativa podrá adjudicar total o parcialmente, declarar desierta, suspender o cancelar el procedimiento, mediante acto administrativo escrito, dentro de dos (2) días hábiles después de recibida la recomendación de parte del Comité Técnico de Contrataciones.

Otros aspectos importantes del procedimiento de contrataciones menores a tomar en cuenta son los referentes al desempate y la readjudicación. Así, en el caso de haber empate se adjudicará al oferente que tuviere carácter de micro, pequeña y mediana empresa (Mypimes), en caso de subsistir el empate, se aplicara el sorteo por insaculación establecido en el art. 144 del Reglamento de la Ley 737.

En este punto, se nota cómo el reglamento de la ley 737, trata de promover la participación de las Mypimes en las compras públicas, pero al parecer, podría sobrepasar los incentivos a dicho sector, al estipular en la parte in fine de su art. 134 que solo cuando no se hayan presentado ofertas de este tipo de oferentes (Mypimes), en las compras menores, podrá contratarse con otros oferentes, lo cual podría transgredir el principio de igualdad y el de libre competencia.

En cuanto a la readjudicación, esta solo se puede presentar si el oferente adjudicado no compareciese a retirar la orden de compra o firmar el contrato, dentro de un término de cuarenta y ocho horas de comunicada la adjudicación, la institución podrá cancelar dicha adjudicación y otorgarle la misma al oferente que le siga en el orden de prelación determinado. Procediendo de igual manera si esta circunstancia se repite con el segundo lugar; en este caso se debe declarar desierto el proceso. Como podemos apreciar, al parecer, en la compra menor, la readjudicación sólo puede realizarse hasta el segundo lugar del orden de prelación.

### **El concurso**

Según el art. 59 de la Ley 737, para la selección de firmas consultoras o consultores individuales, indistintamente del monto estimado para la contratación, los organismos y entidades del Sector Público lo harán mediante

el procedimiento de concurso. En lo conducente, se aplicará al mismo, lo establecido para la licitación pública.

Las consultorías presuponen la prestación de un servicio de carácter predominantemente intelectual, por particulares, personas naturales o jurídicas que, por su nivel profesional, reúnen calificaciones y aptitudes especiales, derivadas de sus conocimientos técnicos, profesionales y científicos. No originarán relación laboral o de empleo público. Por lo tanto, el profesional prestatario de tales servicios no gozará de los derechos ni estará sujeto a las obligaciones y prohibiciones establecidas por la legislación laboral o por las leyes que regulen el estatuto de los servidores públicos.

En este tipo de procedimiento, en base al art. 66 de la Ley 737, la entidad contratante podrá solicitar una garantía de seriedad de oferta, la cual podrá consistir en una declaración rendida ante notario público efectuada por el proveedor, en la cual deberá expresar que la oferta será válida durante el período especificado en el PBC. Por otro lado, las consultorías estarán exentas del cumplimiento de la rendición de garantías de cumplimiento, salvo los casos señalados en el art. 212 del Reglamento de la Ley 737, en el cual se estipula que se solicitara dicha garantía, cuando así se justifique en los estudios previos.

Según el mismo art. 212 de dicho Reglamento, queda facultado el organismo contratante para que cuando la naturaleza de la prestación sea por tiempo indefinido o por un monto inestimable, establezca garantías por un monto fijo, conforme los parámetros establecidos en esta materia. Este punto podría estar contradiciendo lo estipulado en el mismo art. 89 de la Ley 737, ya que las consultorías no pueden tener carácter general y permanente.

### **Selección y contratación de consultores individuales**

En ese caso según el mismo art. 59 de la Ley 737, se aplicará un procedimiento simplificado, basado en las calificaciones de los participantes, no requiriendo la presentación de propuestas técnicas y/o económicas por parte de los mismos. Previo al inicio de dicho procedimiento, la entidad contratante deberá cumplir con los siguientes requisitos: a) Constitución del Comité de evaluación; b) Haber determinado el sistema de evaluación; c) Términos de referencia, alcance de los servicios, calendario de ejecución de los servicios que deban ser proporcionados, presupuesto disponible y modelo de contrato; d) Convocatoria, cuya forma y contenido sigue lo establecido para la licitación pública.

El plazo para la presentación de hojas de vida y expresiones de interés no deberá ser mayor a ocho (8) días calendario, contados a partir de la fecha de publicación de la convocatoria en cualquiera de los medios regulados en la Ley 737. La solicitud de la hoja de vida y de las expresiones de interés deberán estar incluidas en la convocatoria.

### **Selección de firmas consultoras**

Este procedimiento se sujetará a las reglas siguientes:

Los organismos y entidades del Sector Público prepararán los términos de referencia, incluyendo la descripción del trabajo a realizar, las condiciones generales y especiales del contrato, los criterios de precalificación de los oferentes y para calificar las ofertas, el plazo de su presentación y las demás condiciones y requisitos que reglamentariamente se establezcan.

Como parte del concurso se deberá realizar una etapa previa de precalificación a fin de seleccionar a los eventuales participantes de acuerdo con sus calificaciones, a quienes se invitará a presentar propuestas.

Dependiendo del objeto de la contratación, se utilizarán para la selección de estas firmas consultoras, los siguientes métodos: selección basada en la calidad y el costo; selección basada en la calidad; selección basada en un presupuesto fijo; selección basada en el menor costo y selección basada en las calificaciones de los consultores.

Hasta aquí se pueden realizar varios señalamientos, por ejemplo, ni la Ley 737, ni su reglamento, establecen un plazo para la presentación de ofertas en concursos de firmas consultoras, por lo que se está utilizando, por analogía, el plazo no mayor de 8 días, estipulado para contratar consultores individuales. Por otro lado, se estipula un procedimiento obligatorio de precalificación previa cuando se trate de firmas consultoras, pero no así para individuales. Además, no se establece en la Ley 737, la posibilidad al oferente de solicitar aclaraciones y mucho menos objetar los términos de referencia, ni al contratante solicitar aclaraciones a las ofertas presentadas, aspectos que podrían resolverse mediante la aplicación supletoria de los trámites de la licitación pública, en lo que fuese pertinente.

Otro punto interesante, es que en la Ley 737 (art. 59) se establecen los métodos de selección para las firmas consultoras, los cuales se desarrollan en el reglamento, aunque cuando se trata de la selección basada en las calificaciones de los consultores, se determina que el mismo puede utilizarse para trabajos por un monto inferior al establecido para la *licitación por registro*, procedimiento que no está regulado por la Ley 737. Por su parte, para consultores individuales, dichos métodos se determinarían en la convocatoria y términos de referencia.

## **Apertura, evaluación y adjudicación de las propuestas**

Las propuestas recibidas deberán estar contenidas en sobres cerrados o haber sido enviadas en forma electrónica. Transcurrido el plazo establecido para la recepción de las propuestas, el Comité de Evaluación deberá proceder a la apertura de las mismas. El dictamen de recomendación de adjudicación deberá ser notificado a la máxima autoridad administrativa a más tardar al siguiente día hábil de su suscripción, con copia a todos los participantes. La máxima autoridad administrativa deberá dictar la resolución de adjudicación a más tardar dos (2) días hábiles después de haber recibido la recomendación del Comité de Evaluación. Respecto a esta regulación la Ley 737, no estipula si la misma se utilizará para ambos tipos de contratación, lo que actualmente está sucediendo.

### **A manera de conclusiones y aportes**

Nicaragua está viviendo un acelerado proceso de reforma e implementación de su marco regulatorio de las contrataciones administrativas tanto a nivel central como municipal, motivado por diversas causas tanto jurídicas como económicas.

No se ha identificado una regulación expresa de la materia en la Constitución Política de Nicaragua, como si ocurre con otras figuras jurídico – administrativas (contencioso, responsabilidad, procedimiento administrativo), pero si se ha detectado una especie de tendencia constitucional para la toma de decisiones bajo un sistema de consensos entre el Gobierno y el sector empresarial, que ha servido de detonante para la implementación de nuevos sistemas de compras (simplificadas, menores), así como para la reforma integral de las antiguas normativas (tanto a nivel central como municipal) de compras públicas, siguiendo de modelo las Políticas y Normativas de los organismos financieros internacionales (BID, BM, BCIE).

La ampliación y consolidación de los principios contractuales, en la ley 737, es un hecho, lográndose la implementación de medios e instrumentos jurídicos de carácter electrónico para la tramitación de los procedimientos de selección, así como medios de notificación, e incluso para la presentación de ofertas, quedando pendiente para la apertura de las mismas, implicando un significativo desarrollo tecnológico en las compras públicas nicaragüenses, a través del sistema electrónico de contrataciones administrativas (SISCAE).

Tanto la Ley 737 como su Reglamento regulan con orden lógico los pasos y trámites a seguir en los procedimientos de selección, aunque en los mismos, persisten problemas prácticos, por las frecuentes contradicciones entre ambos cuerpos normativos, en trámites específicos, los cuales solo podrían superarse aplicando la ley por su carácter jerárquicamente superior o incluso mediante una posible reforma parcial de la Ley 737 y de su Reglamento.

Se puede afirmar que el Reglamento de la Ley 737 carece de una regulación de la proyección del Programa Anual de Contrataciones, PAC, y de la proyección o pre pliego de bases y condiciones (pre PBC) lo que podría ir en detrimento de su adecuada implementación. Asimismo, se han detectado problemas en la fecha de publicación del PAC según lo regulado en el art. 58 de dicho Reglamento.

Se ha encontrado que en el tercer párrafo del art. 21 de la Ley 737, se establece que los diseños de obra se hacen públicos, pero en el art. 89 de su Reglamento, se dice lo contrario, ocasionándose una lógica contradicción.

La tramitación del recurso de aclaración se realiza durante la evaluación de las ofertas, lo que ha implicado una novedad respecto al sistema anterior en el cual no había oportunidad ni de conocer los resultados de la evaluación ni mucho menos de recurrirlos. Actualmente, los plazos de interposición y resolución de este recurso, son extremadamente cortos y podrían impedir conocer y resolver el fondo del asunto con mayor precisión técnica, lo cual sólo podría resolverse mediante una reforma parcial a la Ley 737.

El procedimiento de contrataciones menores no está regulado en la ley 737 sino en su reglamento, pero es evidente que se mantienen posibles problemas de contradicción entre ambas normativas, sobre todo en materia de garantías (de cumplimiento) y en el ejercicio de competencias entre el Comité Técnico de Contrataciones y el Área de adquisiciones, aspectos que se resuelven aplicando lo regulado en la ley 737 y no el reglamento, en base al principio de jerarquía de las normas, sin dejar de proponer una reforma al art. 8 y al 210 del reglamento, con la finalidad de dejar claro que en las compras menores no cabría solicitar garantía de cumplimiento, y que la división de montos para evaluar las ofertas no aparece en la ley.

Con la normativa de compras públicas nicaragüense, se está promoviendo, al menos teóricamente, la participación de las micros, pequeñas y medianas empresas (Mypimes), mediante las compras menores. Esto es fundamental para el desarrollo económico del país, pero no mediante un abuso de incentivos y beneficios que puedan transgredir el principio de igualdad y de libre competencia, como al parecer sucede con la aplicación del art. 135 del reglamento de la ley 737, sino mediante mecanismos que fomenten el mejoramiento en la calidad de las ofertas de las mismas.

Al entrar en vigencia la ley 737 y su reglamento, fue evidente la ausencia de regulación de recursos administrativos en la contratación menor. Al respecto, se ha tratado de dejar claro que en este tipo de procedimiento no procede el recurso de impugnación, tal y como lo ha sostenido de forma muy acertada, la Procuraduría General de la República de Nicaragua (PGR), lógicamente esto origina dudas en cuanto a la procedencia del recurso de nulidad, lo que nos dejaría como única opción el recurso de aclaración contra el documento de evaluación, si es que el oferente lo solicita, en base al art. 38 del reglamento



de la ley 737, sin olvidar que cabe la vía judicial, al estar frente a una vía administrativa no estipulada por ley o que se agota con la aclaración.

Así mismo, se ha dejado planteada la interrogante de si cabe o no, en compras menores, objetar las especificaciones técnicas, utilizando la supletoriedad del procedimiento de licitación pública estipulado en el art. 84 del reglamento de la ley 737 y con esto la regulación de dicha objeción que lleva a cabo el art. 34 de la misma ley. No queda más que dejar este punto abierto al debate técnico.

Se ha superado la confusión que existía entre las materias excluidas y las contrataciones directas, al regularse como un procedimiento administrativo más, aunque excepcional y por causales predeterminadas, denominado contrataciones simplificadas, definiéndose ciertos conceptos jurídicos indeterminados como el de urgencia, aunque hay que señalar que otros se mantienen aún sin definirse, como el de seguridad, orden, integridad, los cuales podrían ocasionar, que en casos concretos, la excepción se convierta en regla general.

En las compras simplificadas el Reglamento de la Ley 737, exceptúa del registro en el portal electrónico a las adquisiciones mediante caja chica, excepción que no está regulada en dicha Ley, por lo que las mismas deberían registrarse. Asimismo, mientras el art. 146 del reglamento establece que la invitación, no debe incluir criterios de selección, el siguiente artículo (el 147) dice que se deben incluir, produciéndose una posible contradicción, difícil de resolver porque los dos artículos están en la misma norma jurídica.

Respecto al concurso hay que señalar que la Ley 737, establece procedimientos diferenciados para contratar a consultores individuales o firmas, en este último caso obligando al tramitador a llevar cabo la precalificación previa, que aunque podría alargar el procedimiento, nos dejaría frente a oferentes ya evaluados en cuanto a sus aspectos legales y de capacidad, que podrían mejorar la eficiencia del producto esperado.

Siempre sobre el concurso, la Ley 737 establece pero no regula, labor que hace su Reglamento, los medios de evaluación y selección para firmas, no así para consultores individuales, centrándose casi siempre en calidad y costo, aunque al referirse a calificaciones del consultor se hace referencia a un procedimiento de selección (el restringido) que no está regulado en la Ley, estableciéndose trámites específicos en cada método, lo que obliga a ser muy cuidadoso en su tramitación.

Es obvio señalar que se pueden presentar ciertas deficiencias en la regulación del concurso, por ejemplo el no establecerse un plazo para la presentación de ofertas, cuando se trata de la selección de firmas, la falta de regulación de trámites de aclaración u objeción de los términos de referencia, la ausencia de trámites de aclaración de ofertas, la posibilidad de establecer garantías de cumplimiento por monto fijo, cuando la naturaleza de la prestación de la consultoría sea por tiempo indefinido o por un monto inestimable, aún y cuando dicha naturaleza no está regulada en la Ley 737, entre otros puntos que tendrían que suplirse con la aplicación de los trámites de la licitación pública cuando fuesen pertinentes o haciendo primar a la Ley.

En este trabajo se han tratado de exponer aspectos generales sobre los procedimientos de selección desde una perspectiva tanto constitucional como administrativa, esperando que las conclusiones y aportes del mismo, sirvan como un humilde insumo doctrinal, en pro del mejoramiento de las contrataciones administrativas en Nicaragua.

## REFERENCIAS

### Bibliográficas

AGUILAR, ALEJANDRO, et al. *Novena reforma constitucional: el cambio de las reglas del juego democrático en Nicaragua*. Instituto de Estudios Estratégicos y Políticas Públicas (IEEPP). Managua, Nicaragua, 2014.

ARRÍEN, JUAN BAUTISTA, NAVARRO MEDAL, KARLOS & VALLE OROZCO, DAYRA. *Compendio normativo de contrataciones administrativas*, 2da edición. Managua, Nicaragua: Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Centroamericana, UCA, 2011.

ARRÍEN, JUAN BAUTISTA. *Análisis, interrogantes y recomendaciones sobre la Ley de contrataciones administrativas del sector público de Nicaragua*. Revista de Derecho No.17. Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Centroamericana (UCA), 2014.

ARRÍEN, JUAN BAUTISTA. *Retos y perspectivas para la implementación de la nueva ley de contrataciones administrativas de Nicaragua*. Revista Centroamericana de Administración Pública (68): 5, Instituto Centroamericano de Administración Pública (ICAP), San José, Costa Rica, junio 2015.

CARBONERO GALLARDO, JOSÉ MIGUEL: *La adjudicación de los contratos administrativos: origen, evolución y sistema actual*. Tesis Doctoral, Universidad de Granada, España, 2010.

CASTRO, EDWIN. CALDERÓN, MARGINE. *Derecho Constitucional Nicaragüense*. Colección Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Centroamericana (UCA), Managua, Nicaragua, 2007.

Decreto Ejecutivo No. 75 - 2010, Reglamento a la Ley No. 737, Ley de contrataciones administrativas del Sector Público, publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 239 y 240, del 15 y 16 de diciembre del 2010.

DIRECCIÓN GENERAL DE CONTRATACIONES DEL ESTADO. Normativa administrativa para el desarrollo de contrataciones simplificadas. Recuperado de [www.nicaragua.gob.ni](http://www.nicaragua.gob.ni), 2014.

DIRECCIÓN GENERAL DE CONTRATACIONES DEL ESTADO. Normativa procedimental para el desarrollo de la modalidad de contratación menor. Recuperado de [www.nicaragua.gob.ni](http://www.nicaragua.gob.ni), 2014.

DIRECCIÓN GENERAL DE CONTRATACIONES DEL ESTADO. Modelo de guía para la planificación y programación de las contrataciones en el sector público. Recuperado de [www.nicaragua.gob.ni](http://www.nicaragua.gob.ni), 2011.

DIRECCIÓN GENERAL DE CONTRATACIONES DEL ESTADO. Normativa procedimental para contrataciones inter-administrativas. Recuperado de [www.nicaragua.gob.ni](http://www.nicaragua.gob.ni), 2011.

ESGUEVA GÓMEZ, ANTONIO. *Las Constituciones políticas y sus reformas en la historia de Nicaragua*, Managua, Nicaragua, El Parlamento, 1994.

GALLEGO CÓRCOLES, ISABEL. *Contratación pública electrónica*. En INAP (coord.) *Administraciones Públicas y nuevas tecnologías*. Madrid, España, Editorial Lex Nova, 2005.

FLORES QUINTANA, TANIA. *Análisis jurídico de la licitación pública y la compra menor en la Ley 737, de contrataciones administrativas del Sector Público y su reglamento*, Paper no publicado. Universidad Centroamericana, UCA, 2013.

Ley No. 854, Ley de reforma parcial a la Constitución Política de Nicaragua, publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 26, del 10 de febrero del año 2014.

Ley No. 737, de contrataciones administrativas del Sector Público, publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 213 y 214 del 8 y 9 de noviembre del 2010.

MARTÍNEZ LÓPEZ - MUÑIZ, JOSÉ LUIS: El nacimiento de los contratos públicos: reflexiones sobre una equivocada transposición de la Directiva Comunitaria «de recursos », en *Revista de Administración Pública*, RAP No. 185, mayo - agosto, Madrid, España, 2011.

MEILÁN GIL, JOSÉ LUIS: *Las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión*, en *Revista de Administración Pública*, RAP No. 191, mayo - agosto, Madrid, España, 2013.

MORENO MOLINA, JOSÉ ANTONIO. *La nueva Ley de contratos del Sector Público*. Madrid, España. Editorial LA LEY, 2008.

NAVARRO MEDAL, KARLOS; RODRÍGUEZ ARANA, JAIME; MORENO MOLINA, JOSÉ ANTONIO, JINESTA LOBO, ERNESTO. *Derecho Internacional de las contrataciones administrativas*. San José, Costa Rica: Ediciones Guayacán, 2011.

PALOMAR OLMEDO, ALBERTO. *La contratación administrativa utilizando medios electrónicos y telemáticos*. En *Documentación administrativa* (274 - 275), Madrid, España, 2006.

PASTORA, RUTH. *Aciertos y desaciertos de la Ley 737, de contrataciones administrativas del Sector Público*. Paper no publicado. Universidad Centroamericana, UCA, 2011.

PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (PGR) Resolución administrativa No. 40 - 2011, de las ocho y treinta minutos de la mañana, del 1 de diciembre del año dos mil once.

URÍA FERNÁNDEZ, FRANCISCO: Apuntes para una reforma de la legislación sobre contratos de las Administraciones Públicas, en Revista de Administración Pública, RAP No. 165, septiembre - diciembre, Madrid, España, 2004.

VALLE OROZCO, DAYRA. *Exclusiones de procedimiento y contrataciones simplificadas en las contrataciones administrativas del sector público nicaragüense*, Managua, Nicaragua: Instituto de Estudios Estratégicos y Políticas Públicas (IEEPP), 2012.

VINTRO, JOAN, ALVAREZ. GABRIEL. *Nicaragua: claroscuros de la reforma constitucional de 2014*. Revista Catalana de Dret Public - Blog, Generalitat de Catalunya, Barcelona, España. Recuperada el día 10 de mayo del año 2016 de <https://eapc-rmdp.blog.gencat.cat/2014/03/19/nicaragua-claroscuros-de-la-reforma-constitucional-de-2014-gabriel-alvarez-y-joan-vintro/>, 2014.



Este volumen se terminó de imprimir  
en la ciudad de Cuernavaca, Morelos,  
en agosto de 2017, con un tiraje  
de mil ejemplares,  
más sobrantes para reposición.





